

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA BAĞLI OLARAK
VERİLEN KONTRGARANTİLER**

Yüksek Lisans Tezi

ADNAN HARMAN

İstanbul, 2009

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA BAĞLI OLARAK
VERİLEN KONTRGARANTİLER**

Yüksek Lisans Tezi

ADNAN HARMAN

DANIŞMAN: YRD. DOÇ. DR. BURAK ÖZEN

İstanbul, 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
ADNAN HARMAN'ın BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA BAĞLI OLARAK VERİLEN
KONTRGARANTİLER adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 16.07.2009
tarih ve 2009-12/34 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile
Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi

: 03.08.2008

1) Tez Danışmanı : YRD. DOÇ.DR. BURAK ÖZEN

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. YALÇIN TOSUN

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İPEK SAĞLAM


Yalçın Tosun

ÖZET

Son yıllarda yaşanan ekonomik gelişmeler, ticari ve sosyal yaşamın gelişmesi, nüfus artışı ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak kişiler (gerçek ve tüzel kişiler) birbirleriyle daha fazla hukuki ilişkiye girmek zorunda kalmışlar. Bu şekilde ticari ilişkilerin artmasına bağlı olarak da ticari ilişkilerde eskiye oranla “güven” kurumu daha önemli hale gelmiştir. Ticari ilişkilerde güven kurumunun öneminin artmasında birer güven kurumu olan bankaların büyük etkisi olmuştur. Birer güven kurumu olan bankalar uygulamada gayrinakdi kredi işlemi adı altında yaygın olarak teminat mektubu düzenleyip genelde müşterileri olan lehtarlar vermektedirler. Bankalar, teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi niteliği taşıyor olmaları sebebiyle, kefalet sözleşmesinde kefilin yasadan kaynaklı sahip olduğu rücu hakkına sahip değiller. Böyle olunca riskin gerçekleşmesi ve teminat mektubunun paraya çevrilmesi neticesi muhataba ödeme yapan bankanın lehtara rücu hakkının nasıl gerçekleşeceği, dolayısıyla bankanın kendini nasıl güvenceye alacağı bu çalışma ile anlatılmaya çalışılmıştır. Bankalar kendilerini güvence altına almak için lehtar veya lehtar dışındaki üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişilerden daha başta teminat mektubu düzenlerken kontrgaranti almaktadırlar. Lehtar veya üçüncü kişilerce bankalara verilen kontrgarantiler çok çeşitli olup; her türlü ayni veya şahsi teminat kontrgaranti olarak teminat mektubunun teminatını oluşturabilecektir. Bu çalışma ile kontrgaranti olarak verilebilecek teminatların tamamı değil; sadece kontrgaranti amaçlı garanti sözleşmesi anlatılmaya çalışıldı.

ABSTRACT

The economical developments within the recent years, the growth of trade and social life, people (real and legal entities) have began to enter into more legal relationships depending upon the population growth and technological developments. The established “trust” became more important when compared to the rate of the old trade relations as a result of the recent growth in the new trade relationships. The banks have played a big role in the increase of the trust establishments within the trade relationships. Banks, being an entrusted establishments, under the name of contingencies have set up many letter of guarantees and give these out to its customers who are its beneficiaries. Due to the reasons that the letter of guarantees are seen as a guarantee contract, banks do not have the authority due to the bailees legal rights to recourse within the bailing contract. As a result of this with this dissertation piece how the banks can protect itself will be explained, because in the case that a risk arises and as a result of that the letter of credit is exchanged for money the paying bank will have to explain to its beneficiaries the process of rights to recourse. In order for the banks to protect itself, banks will have to obtain a counter guarantees while setting up the letter of credit process to its beneficiaries or third parties aside from the beneficiaries who may or may not be real or legal entities. Even though these counter guarantees are of many kind that the banks receive from beneficiaries or third parties; these letter of guarantees can be used as a guarantee to the letter of guarantee in the form of either of any kind or personal counter guarantees. With this research not the whole counter guarantees that will be given in exchange for letter of guarantees; but only the counter guarantees for the purposes of an guarantee agreement will be tried to examined.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1
1. BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK KONTRGARANTİ.....	3
1.1- BANKA, TEMİNAT MEKTUBU DÜZENLERKEN NEDEN KONTRGARANTİ ALMA İHTİYACI HİSSEDER ?	3
1.2- “KONTRGARANTİ” HOMOJEN BİR KAVRAM DEĞİLDİR.....	6
1.3- KONTRGARANTİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	7
1.4- BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA BAĞLI OLARAK VERİLEN KONTRGARANTİLER.....	9
1.5- KONTRGARANTİNİN ALINMADIĞI HALLERDE LEHDARA RÜCU SORUNU.....	10
1.5-1- Sebepsiz Zenginleşme Görüşü.....	11
1.5.2- Vekaletsiz İş Görme Görüşü.....	11
1.5.3- BK. m.51 Hükmü Görüşü.....	12
2. İKİNCİ BÖLÜM: GARANTİ SÖZLEŞMESİ, TANIMI, UNSURLARI, TÜRLERİ, BENZER KURUMLAR İLE ORTAK VE AYRILDIKLARI NOKTALAR	13
2.1- GARANTİ SÖZLEŞMESİ.....	13
2.1.1-Genel Olarak.....	13

2.1.2- Garanti Sözleşmesinin Tanımı	15
2.1.3.- Garanti Sözleşmesinin Tanımına İlişkin Ortak Noktalar	17
2.1.4.- Garanti Sözleşmesinin Unsurları.....	18
2.1.4.1- <i>Garanti Alanın Fiili (Teşebbüsü veya Girişimi)</i>	18
2.1.4.2- <i>Garanti Verenin, Garanti Alanı Bir Fiile Sevk Etme Amacı</i>	19
2.1.4.3- <i>İvazsızlık</i>	20
2.1.4.4- <i>Bir Riskin Garanti Edilmesi</i>	21
2.1.4.5- <i>Bağımsız Bir Yükümlülük Üstlenilmesi</i>	25
2.1.5- Değerlendirme ve Görüşümüz.....	27
2.2- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ.....	29
2.2.1- Saf Garanti sözleşmesi.....	30
2.2.2- Teminatı Amaçlayan Garanti Sözleşmesi.....	31
2.2.3- Borçlar Kanunu m. 485/3 Düzenlemesi.....	33
2.2.4- İki Tür Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar.....	34
2.3- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	35
2.4- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT İLE GARANTİ SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	36
2.4.1- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Genel Hüküm Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	39
2.4.2- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ile Garanti Sözleşmesinin Aynı Olduğu Görüşü.....	39
2.4.3- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olduğu Görüşü.....	40
2.4.4- Değerlendirme ve Görüşümüz.....	41
2.5- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI.....	43
2.5.1- Birlikte Borç Üstlenme İle Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar.....	44
2.5.2- Kefalet Sözleşmesi İle Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar.....	45

2.5.2.1- Ayırımın Önemi.....	47
2.5.2.2.- <i>Garanti Sözleşmesini Kefaletten Ayıran Başlıca Kıstaslar....</i>	49
2.5.2.2.1- <i>Temel Ayırt Edici Kriter: Aslilik-Fer'ilik</i>	
<i>Kıstası.....</i>	49
2.5.2.2.2- <i>Menfaat Kıstası.....</i>	51
2.5.2.2.3- <i>Kişiyeye Yönelik İlgi.....</i>	51
2.5.2.2.4- <i>Yükümlülüğün Kapsamı ve Niteliği.....</i>	51
2.5.2.2.5- <i>Şüphe Halinde kefaletin kabulü kıstası ya da</i>	
<i>'kefalet karinesi'</i>	52
2.2.2.3- <i>Sonuç.....</i>	52
2.6- KAG SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	53
2.6.1- İki Taraflı Bir Hukuki İlişki Olması.....	53
2.6.2- Rızai Bir Akit Olması.....	54
2.6.3- Borç Doğuran Bir akit Olması.....	54
2.6.4- Kural Olarak Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir Akit Olması.....	54
2.6.5- Bağımsız Bir Sözleşme Olması.....	55
2.6.6- İleti (Sebebi).....	55
3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: KAG SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI,	
GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	56
3.1- KAG SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....	59
3.1.1- KAG Sözleşmesinde İcap.....	60
3.1.2- İcabın Ulaşması.....	65
3.1.3- İcabın Kapsamı (İcap Sözleşmenin Objektif Ve Subjektif Yönden Esaslı Unsurları Kapsamalıdır).....	66
3.1.4- KAG Sözleşmesinde Kabul.....	67
3.1.5- KAG Sözleşmesinde İcap Veya Kabul Açıklamalarının Temsilci Aracılığıyla Yapılması.....	69

3.2- KAG SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	72
3.2.1-KAG Sözleşmesinde Şekil.....	74
3.2.2-KAG Sözleşmesinde Tarafların Ehliyeti.....	78
3.2.3-KAG Sözleşmesinin Hukuka Ve Ahlak Ve Adaba Aykırı Olmaması... 	82
3.2.4-Edimlerin İmkansız Olmaması.....	88
3.2.5-KAG Sözleşmesinde Tarafların İradelerinin Sıhhatli Olması (İrade Fesadı Halleri- Hata, Hile ve İkrah).....	92
4. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: KAG SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ.....	97
4.1-KAG SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ.....	97
4.2-KAG SÖZLEŞMESİNDE RİSK KAVRAMI.....	98
4.3-BANKANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	103
4.4-KAG SÖZLEŞMESİNDE GARANTİ VEREN TARAFIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	103
4.4.1- Genel Olarak	103
4.4.2- Kontrgaranın Borcunun Hukuki Niteliği.....	104
4.4.3- Değerlendirme Ve Görüşümüz.....	106
4.5-KONTRGARANTİ BORCUNUN GERÇEKLEŞMESİ.....	107
4.6- KONTRGARANTİ BORCUNUN KAPSAMI.....	109
4.7-KONTRGARANTİ BORCUNUN MUACCELİYETİ.....	109
4.8-KONTRGARANIN TEMERRÜDE DÜŞMESİ.....	111
4.9-KAG SÖZLEŞMESİNDE ZAMANAŞIMI.....	111
4.10-KAG SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	115
4.10.1- Genel Olarak Sona Erme Sebepleri.....	117
4.10.2- KAG Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri.....	120

SONUÇ.....	126
KAYNAKÇA.....	129

KISALTMALAR

BATİDER	Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	Borçlar Kanunu
BKT.	Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz./bkz.	Bakınız
C	Cilt
dp	Dipnot
E	Esas
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
İBK.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İsvç.	İsviçre
K	Karar
m	madde
N	Naklen
Nr	Numara
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
s	sayfa
S	Sayı
Y	Yıl
vd.	ve devamı

GİRİŞ

Günümüzde ekonomik gelişmeler, ticari ve sosyal yaşamın gelişmesine, nüfus artışına ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak kişiler (gerçek ve tüzel kişiler) birbirleriyle daha fazla hukuki ilişkiye girmek zorunda kalmaktadırlar. Bu şekilde ticari ilişkilerin artmasına bağlı olarak da ticari ilişkilerde eskiye oranla “güven” kurumu daha önemli hale gelmektedir. Ticari ilişkilerde güven kurumunun öneminin artmasında birer güven kurumu olan bankaların da etkisi vardır.

Banka ile olan ilişkiler, yalnızca ticari hayat veya sosyal yaşantımızla ilgili olmayıp, devletin finans politikası ve ulusal ekonomi yönünden önemli bir yer işgal etmektedir¹. Bankacılık işlemleri banka ile müşteri arasındaki ilişkiler açısından özel hukuka, bankaların kuruluş, faaliyet ve denetimleri açısından kamu hukukuna tabidir². Biz tez’de ticari ve günlük hayatımızın önemli ihtiyaçlarını teşkil eden bankacılık işlemlerini, banka ile müşteri (lehtar) arasındaki özel hukuka tabi sözleşme alanını inceleyeceğiz.

Bankaların gayrinakdi kredi işlemlerinin uygulamada en çok karşılaşılan çeşidi olan teminat mektubu ve teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgaranti kurumunu ele alacağız. Kontrgaranti homojen bir kavram olmayıp, teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere lehtar veya lehtar dışındaki bir üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi tarafından verilebilecek tüm ayni ve şahsi teminatları kapsamına alır. Banka, lehtarın temel borç ilişkisinden kaynaklanan riskini muhataba karşı garanti etmek için düzenlediği teminat mektubu ile ağır ve istisnai bir sorumluluk altına girmektedir. Bu şekilde ağır ve istisnai bir sorumluluk altına giren banka açısından, kefalet sözleşmesinde kefilin yasadan kaynaklı halefiyet ilkesine dayalı rücu imkânı söz konusu olmadığı için, kontrgaranti alma bir zorunluluk teşkil etmektedir. Banka teminat mektubu ile üstlendiği riskin gerçekleşmesine bağlı olarak muhataba ödediği meblağı kontrgarantiye başvurarak geri alır. Tez’de kontrgaranti kurumu adı altında mütaala edilebilecek kurumların tamamı anlatılmayacak, sadece kontrgaranti amaçlı garanti sözleşmesi³ anlatılacaktır. Konunun bu şekilde sınırlandırılması ulaşılabilecek amaç açısından bir zorunluluktur. Aksine bir kabul konuyu

¹ Cengiz KOSTAKOĞLU, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s.1.

² İbrahim KAPLAN, “Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması”, C. XIV, S.2, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), 1987, s.12.

³ Tez’de bundan sonra “kontrgaranti amaçlı garanti sözleşmesi” yerine, “KAG sözleşmesi” tabiri kullanılacaktır.

içinden çıkılmaz bir hale götürür. Tez konumuzu oluşturan KAG sözleşmesi, bu isim altında bu güne dek ne ülkemizde ne de İsviçre’de ayrı bir incelemeye konu olmamıştır. Konuya bazı tez ve makalelerde yer verilmiş, fakat konu başlı başına ele alınmamıştır.

Konu hakkında yasal bir düzenlemenin olmaması, uygulamada çok karşılaşılan bir konu olması ve bu konunun daha önce başlı başına ele alınmamış olması bu kurumu çalışma konusu olarak seçmiş bulunmamıza sebep oldu.

Tez’in ilk bölümünde bankanın teminat mektubunu düzenlerken niçin kontrgaranti alma ihtiyacı hissettiği, kontrgarantinin homojen bir kurum olup olmadığı ve son olarak da nelerin kontrgaranti olabileceği anlatılacaktır.

Tez’in ikinci bölümünde konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için garanti sözleşmesi anlatılacak. Zira bugün için hem banka teminat mektubu hem de banka teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgarantinin hukuki niteliğinin “garanti sözleşmesi” olarak kabul edilmesi karşısında, yasal düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesine bir bölüm yer ayrılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz. Garanti sözleşmesinin tanımı, unsurları, özellikleri, benzer kurumlarla ve bu arada BK. m.110’da tek bir maddede düzenlenen “Üçüncü kişinin fiilini taahhüt” ile olan ilişkisi anlatılacaktır. İkinci bölümde son olarak KAG sözleşmesinin özellikleri kısaca anlatılacaktır.

Üçüncü bölümde KAG sözleşmesinin kurulması, geçerliliği, sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlâk ve adaba aykırı olmaması, sözleşmede irade fesadı halleri ve edimlerin imkânsız olmaması durumu anlatılacaktır.

Tez’in dördüncü ve son bölümünde KAG sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülükleri ile sözleşmenin sona ermesi halleri anlatılacaktır.

1. BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK KONTRGARANTİ

1.1-BANKA, TEMİNAT MEKTUBU DÜZENLERKEN NEDEN KONTRGARANTİ ALMA İHTİYACI HİSSEDER?

Banka teminat mektupları, teminat hukukunda aynı teminat-şahsi teminat ayrımında şahsi teminatların bir türü olup, uygulamada en çok karşılaşılan teminat türüdür⁴. Banka teminat mektuplarında üçlü bir ilişki söz konusu olup, teminat mektubu ile temel borç ilişkisindeki borçlunun riski (riziko) üstlenilmektedir. Garanti veren (banka), temel borç ilişkisindeki borçlu (lehtar) borcunu ifa etmezse- risk gerçekleşirse bu durumda alacaklının uğradığı zararı karşılayacaktır. Burada banka, teminat veren- garantör konumunda olduğu için risk gerçekleştiğinde ve muhatap tarafından kendisine yazılı olarak ödeme için başvurulduğunda ödeme yapmak zorundadır. Bu şekilde ödeme yapmak zorunda olan ve elinde kefalet sözleşmesinde olduğu gibi yasadan kaynaklı rücu hakkı olmayan banka kendini güvence altına almak için, kontrgaranti⁵ alma ihtiyacı içinde hisseder. Zira banka risk gerçekleştiğinde, muhatabın (temel borç ilişkisindeki alacaklı) ilk yazılı talebinde, “**protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın**” ödeme yapma taahhüdü altına girmektedir⁶. Banka burada ağır ve istisnai bir sorumluluk altına girmektedir.

Bankalar, teminat mektubu düzenleyerek lehine garanti verdikleri kişiye gayrinakdi bir kredi,⁷ bir yükümlülük kredisi açmaktadırlar ve bu kredinin nakden tahsil edilebilir bir alacağa dönüşebilmesi, dolayısıyla ihtiyati hacze veya cebri icraya konu olabilmesi için

⁴ Nami BARLAS, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, (Banka Teminat Mektubu).İstanbul:1986, s.12 vd.

⁵ Tez’de bundan sonra bankacılık uygulamasında kullanılan kontrgaranti kavramı tercih edilecektir. Uygulamada Karşı garanti kavramı da kullanılmaktadır. Kontrgaranti kavramı daha çok bankacılık uygulamasında kullanılan ve bilinen bir kavram olup, tez’de bu kavram kullanılacaktır.

⁶ Teminat mektupları uygulamasının ilk yasal dayanağı Bakanlar Kurulu’nun 1928 yılında kabul ettiği ve Devlet İhalelerinde kullanılan teminat mektupları metinleri olmuştur. Teminat mektuplarında yer alan derhal ödeme taahhüdü, bugüne kadar tüm teminat mektuplarında yer almış ve bu ibareler teminat mektuplarının niteliğini belirlemiştir. Bkz. Seza REİSOĞLU, “Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar” (Teminat Mektubu Uygulaması)Türkiye Barolar Birliği 22 Ekim 2002 tarihli Konferans Metni, s.1.

⁷ Nakdi kredi işlemlerinde banka ilgiliye belirli bir miktar ödünç verir, bunlar iskonto-iştirâ senetleri, avanslar, ihracat kredileri ve borçlu cari hesaplar olarak dört türdür. Gayrinakdi kredi işlemlerinin nakdi kredi işlemlerinden farkı, bankanın herhangi bir ödemede bulunmaması, ödünç para vermemesinde kendini gösterir. Gayrinakdi krediler üç biçimde görülmekte olup, bunlar aval kredisi, kabul kredisi ve tez konumuza temel teşkil eden teminat mektubu verilmesidir. Bu anlamda bankanın teminat mektubu vermesi bir gayrinakdi kredi işlemidir. Gayrinakdi krediler için, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 48.maddesi 1/a bendinde aynen, “... teminat mektupları, kefaletler, aval, ciro ve kabul gibi...” denilerek gayrinakdi krediler örnekseme yolu ile sayılmıştır.

riskin-rizikonun gerçekleşmesi ve ödemenin muhatapça yazılı olarak talep edilmesi gerekmektedir⁸.

Bankaların açtığı gayrinakdi kredilerin büyük bir kısmını, banka teminat mektuplarının oluşturduğunu söyledik. Banka teminat mektupları Türk Hukukunda hukuki nitelik olarak Yargıtay'ın 1967 ve 1969⁹ yılında verdiği iki İçtihadı Birleştirme Kararı ve daha sonradan verdiği kararlarda da BK. m. 110'da yer alan başkasının fiilini taahhüt¹⁰ ya da garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu kabul edilmiştir¹¹. Durum böyle olunca teminat mektubu veren banka kendisine ilk yazılı talepte ödeme için başvurulduğunda ödeme yapmak zorunda kalacaktır. Ödeme yapan banka, kefalet sözleşmesindeki gibi yasadan kaynaklı rücu hakkına sahip olmadığından ödeme yaptığında, yaptığı ödemeyi dönüp lehtardan nasıl isteyecektir? Başka bir anlatımla banka teminat mektuplarında ödeme yapan banka açısından rücu sorunu nasıl aşılabacaktır? Banka tarafından verilen teminat mektuplarının kefalet sayıldığı dönemde, banka yasa gereği alacaklının (muhatabın) haklarına, halefiyet ilkesi gereği halef oluyordu. Kefalette ödeme yapan kefil alacaklının sahip olduğu haklara halefiyet ilkesi çerçevesinde yasa gereği sahip olur. Bu ise risk gerçekleştiğinde ödeme durumunda kalan

⁸ Arslan KAYA, "İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu", (Hakkın Kötüye Kullanılması), Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul: 1995, s.216.

⁹ Yargıtay'ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında (İBK) konu şu şekilde belirtilmiştir: " *Garanti edilen üçüncü şahsın fiili bazı hallerde üçüncü şahsın sorumluluğu altında bulunur. Bazen de 3. Şahsa doğrudan doğruya bir sorumluluk yükletilmesi mümkün değildir. Örneğin: senelik muayyen bir kazancın garantisinde doğrudan doğruya 3. Şahsın mükellefiyetlerinden söz edilmez ve bu halde rücu söz konusu değildir. Hadisede ise 3.Şahıs mevkiinde olan muvakkat ithalatçı gümrük vergisinin mükellefi olarak şahsen vergiden sorumludur. Onun mükellefiyeti altında olan bir borç garanti veren banka tarafından ödenmiştir. Bu suretle 3. Şahıs kanundan doğma vergi borcundan kurtulmuş durumdadır. Bu gibi hallerde garanti verenin 3. Şahsa rücu edip edemeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. 3.Şahsın atken garanti mevzuu ile sorumlu olması hali konunun dışında kaldığı için mesele bu yönden tartışılmamıştır. Kanun koyucu belirli hallerde kanuni halefiyet kabul etmiştir. Bunda güdülen amaç edinilen faydalar arasında bir muvazene tesisidir. Kefil, Bk. Md. 496'ya göre alacaklının kanuni halefidir. Binaenaleyh bu halefiyet kaidesine dayanarak ödediği nispette asıl borçluya rücu edebilir. Sigortacı da TTK md. 1301'e dayanarak rücu hakkını kullanabilir. Bu suretle alacaklının veya sigortalının iki defa talepte bulunma ihtimali önlenmek suretiyle bir muvazene kurulmuş oluyor. Garanti mukavelesine de bu şekilde bir durum mevzubahistir. Rücu keyfiyeti akdin aslilik feri'lik aslilik durumu ile ilgili değildir. Kanunun sözü geçen rücu ait hükümleri garanti akitlerine kıyasen uygulanmaz. BK.'nın 109.md.sinde yazılı hallerde de bulunmadığından bu maddeye dayanılarak rücu edilmez. Fiili taahhüt edilen 3. Şahıs esas itibariyle gümrük vergisinden şahsen sorumludur.*", E.1969/4. K.1969/6. T.11.06.1969, Resmi Gazete(RG), 05.04.1968 tarih Nr. 12867.

¹⁰ Cevdet YAVUZ, Borçlar Kanunu (BK.)- Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT.) Ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte-(Tasarı), İstanbul: Beta, 2007, s.107-108'de Madde 127'nin kenar başlığı- Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme- madde metni şöyledir.: "Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. – Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.". Mevcut Borçlar Kanununun 110.maddesinde düzenlenen "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt" kurumu ileride 2.Bölümde detaylı olarak anlatılacaktır.

¹¹ Sabih ARKAN, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", (Bankanın Hukuki Durumu), C XVI, S.4, Ankara: BATİDER, Aralık 1992, s.60 vd.; Ahmet KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.422 vd.; Seza REİSOĞLU, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, (Kontrgarantiler), Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara: 2003, s.29 vd.; KAYA, Hakkın Kötüye Kullanılması , s.216-217.

banka açısından güvence teşkil etmekteydi. Banka teminat mektupları, biraz önce izah ettiğimiz gibi garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edildiğinden¹² ve garanti sözleşmesinde garanti verenin yasadan kaynaklı rücu hakkı olmadığından garanti verenin kendini güvence altına alması gerekir.

Banka, teminat mektubu ile çok ağır ve istisnai bir sorumluluk altına girmektedir. Risk gerçekleştiğinde muhatabın ilk yazılı talebinde “ **protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın** ” derhal ve gecikmeksizin ödeme taahhüdü altına girmektedir. Böyle bir taahhüt altına giren bankanın lehtara rücu edebilmesi, hele kefalette kefilin sahip olduğu yasadan kaynaklı rücu hakkından mahrum olduğu bir durumda bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Banka lehtara rücu edebilmek, risk gerçekleştiğinde ve ödeme yapma zorunda kaldığında kendini güvence altına almak için başvuracağı bir rücu mekanizmasının varlığına ihtiyaç duyar. Bu ise kendisinden teminat mektubu isteyen lehtarla veya üçüncü kişiden alınan kontrgaranti ile temin edilecektir¹³.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin¹⁴ garanti sözleşmesi niteliği taşıyor olmaları sebebiyle kefaletteki kanuna dayalı rücu ilişkisi banka teminat mektupları açısından söz konusu olmayınca, ödeme yapan bankanın lehtara rücu hakkı, aralarındaki iç ilişkiye göre tayin edilecektir. İşte bu noktada elinde yasadan kaynaklanan rücu hakkı olmayan banka, kendini güvence altına almak için daha başta, teminat mektubu verirken, kontrgaranti almaktadır¹⁵.

¹² Yargıtay’ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’ndan sonra banka teminat mektuplarının “garanti sözleşmesi” sayılması Mahkeme kararlarında istikrar kazanmıştır. Bkz. Arif B. KOCAMAN, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”, (Banka Teminat Mektubu), C.XV, S.3, Ankara: BATİDER, Haziran 1990, s.54.

¹³ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 398-399.

¹⁴ Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda doktrinde “kefalet”, “garanti”, “sui generis sözleşme” ve “karma nitelik” olmak üzere dört değişik görüş savunulmaktadır. Yargıtay teminat mektuplarını hukuki nitelik olarak garanti sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili olarak kabul edilen görüşler ve Yargıtay’ın bu konudaki görüşü ve 8 nolu dipnotta yer verilen Yargıtay’ın 1969 tarihli İBK için bkz. BARLAS, Banka Teminat Mektupları, s.26 vd.; Vahit DOĞAN, Banka Teminat Mektupları, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s.75 vd.; KAYA, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.215 vd.; KOCAMAN, Banka Teminat Mektupları, s.49 vd.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.29 vd.; Sıtkı AKYAZAN, “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, (Zamanaşımı), C. VIII, S. 1, Ankara: BATİDER, Haziran 1975, s.2 vd.; Melis T. TUĞSAVUL, “Banka Teminat Mektupları”, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S. 2009/1, Ocak/Şubat, s.304vd.

¹⁵ DOĞAN, s.240.

1.2-“KONTRGARANTİ” HOMOJEN BİR KAVRAM DEĞİLDİR

Banka, üçlü bir ilişki olan teminat mektuplarında muhatap ile lehtar arasındaki ilişkiden kaynaklanan ve bu ilişkiden kaynaklı riskin gerçekleştiği durumda muhatabın ilk yazılı ödeme talebinde ödeme yapmak zorundadır. Çünkü kural olarak ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünde bulunan banka, şayet muhatap tarafından lehtarın kısmen veya tamamen aralarındaki ilişkiye dayanarak yükümlülüklerini yerine getirmediğini bildirmesi durumunda istenilen miktarı derhal ödemekle yükümlüdür. Burada bankanın lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiyi inceleyip ona göre ödeyip ödememeye karar vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Banka risk gerçekleştiğinde kendisine yazılı olarak başvuran muhataba ödeme yapacaktır. Bu şekilde riskin gerçekleşmesi durumunda ödeme yapmak zorunda kalan ve ödeme yapan banka, yaptığı bu ödemeyi dönüp lehtardan nasıl alacaktır? İşte bu durumda ödeme yapan banka, lehtara rücu ederken, lehtarın ödemekten kaçınması riskini bertaraf etmek ve kendisini güvenceye almak için lehtardan bir kontrgaranti alır. Yasa gereği elinde rücu hakkı olmayan banka için lehtardan bu kontrgarantiyi almak bir zorunluluktur. Banka, teminat mektubu bedelini ödemek zorunda kaldığında, ödediği bu miktar için rücu edebilmesi büyük önem taşır. Bu ise kontrgaran veren ile imzalanan kontrgaranti ile sağlanır¹⁶.

Banka, teminat mektubunu hemen hemen her zaman lehtarın kontrgaranti taahhüdüne dayanarak hazırlar. Çoğu zaman teminat mektubuna konulan kayıtlar banka ile lehtar veya üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi ile yapılan kontrgarantiye de aynen konulur. Kontrgarantinin metninde verilecek teminat mektubuna ilişkin şartlar bulunur. Teminat mektubu bu şartlara göre hazırlanmalıdır. Ayrıca kontrgarantiye özgü bir takım kayıtlar örneğin bankanın komisyon alacağına ilişkin kayıtlar, garanti bedelinin depo edilmesi gibi kayıtlar da bulunur¹⁷.

Banka teminat mektubuna karşılık olarak aynı teminatlar kontrgaranti olarak verilebilir. Teminat mektubuna teminat teşkil edecek kontrgarantiler, taşınmaz rehni

¹⁶ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.357.

¹⁷ A.Özge YENİCE, “Kontrgaranti”, Y.1,S.1, Adana: Adana Barosu Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2007, s.182. (Kontrgaranti) Banka ile kontrgaran arasında imzalanan Kontrgarantiye uygulamada konulan kayıtlara örnek olarak: a- Kontrgaranın talep halinde bankaya ek teminat verme veya nakit depo etme yükümlülüğü, b- Bankanın süreli teminat mektuplarında sürenin dolmasından sonra dahi ödemedede bulunabilme yetkisi, c- Kontrgaranın bankanın talebi halinde teminat mektubunu geri verme yükümü, d- Bankanın komisyon isteme hakkı, e- Yargı yetkisinin ve uygulanacak hukukun tayini.; Banka ile imzalanan “Kontrgaranti” ye konulan kayıtlar ile ilgili ayrıntılı inceleme tez’in son bölümü olan 4.Bölümde yapılacaktır.

olabileceği gibi, taşınır rehni ve alacak rehni de aynı teminat olarak verilebilir. Teminat olarak aynı teminatların dışında her türlü şahsi teminat da kontrgaranti olarak verilebilir.

İzah edildiği gibi, her türlü aynı ve şahsi teminatlar banka tarafından verilecek teminat mektubunun güvencesini teşkil etmek üzere, teminat veren banka lehine verilebilecek teminatlardır. Bu teminatların tümü isimleri ne olursa olsun “kontrgaranti” olarak adlandırılmaktadır. Görüldüğü gibi teminat mektubu veren banka lehine verilen kontrgarantiler çok çeşitli olabilmektedir. Dolayısıyla kontrgaranti denildiğinde homojen bir kavram anlaşılmaz.

1.3- KONTRGARANTİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuki nitelik bakımından, kontrgaranti metninde sadece lehtarın imzası bulunmaktaysa ortada gerçek bir teminat ilişkisinin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁸. Kontrgarantinin hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde “kefalet”, “garanti”¹⁹ ve “vekalet”²⁰ olduğu şeklinde üç farklı görüş savunulmaktadır. Doktrinde BARLAS²¹ kontrgarantinin hukuki niteliği belirlenirken bir ayırım yapılması gerektiğini savunur. Yazara göre “karşı-garanti, kefalet niteliğini taşıyan bir banka teminat mektubu için veriliyorsa ‘rücua kefalet’ niteliğindedir. Bu ilişkide banka kefil, karşı-garantiyi imzalayan kişiler rücua kefil, lehtar(âmir) ise borçlu durumundadır. Buna karşılık, kontrgaranti, garanti niteliğindeki bir banka teminat mektubu için veriliyorsa, bankanın rücu hakkını teminat altına alan bir “kefalet” niteliği taşır. Burada ilkinden farklı olarak, gerçek ve teknik anlamda bir rücua kefalet yoktur; sadece bankanın rücu hakkının teminatı durumundaki bir kefalet sözleşmesi söz konusudur. Şu halde sonuçta her ikisi de, bankanın rücu hakkını teminat altına almakta iseler de, birbirlerinden farklı olarak, biri kefalet, diğeri rücua kefalet niteliği taşımaktadır.” Vekâlet görüşünü savunan yazarlardan KAHYAOĞLU’na²² göre, kontrgaranti, bir garanti verme taahhüdü sözleşmesi olup, atipik bir sözleşmedir. Söz konusu sözleşmeye, vekâlet ve gerektiğinde eser sözleşmesi hükümlerinin uygun düştükleri ölçüde uygulanmalıdır.

¹⁸ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.57 vd.

¹⁹ DOĞAN, s.238.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.402-403.; Bu gün için hem doktrindeki hakim görüş hem de Yargıtay İçtihatlarında kabul edilen görüş, kontrgarantinin hukuki niteliğinin “garanti” olduğu şeklindedir.

²⁰ DOĞAN, s.238.’deki 71 nolu dipnot(dp.); Emin Cem KAHYAOĞLU, Banka Garantileri, İstanbul: Beta, 1996, s.26.

²¹ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.57 vd.

²² KAHYAOĞLU, s.26., yazar Kontrgarantinin hukuki nitelemesini yaparken, kontrgarantiyi bir sözleşme olarak kabul etmiştir. Fakat izah edilmeye çalışıldığı gibi, kontrgaranti homojen bir kurum olmayıp, çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Kontrgaranti olarak, başlı başına aynı bir teminat verilmesi söz konusu olabileceği gibi, garanti ve kefalet şeklinde şahsi teminat verilmesi de kontrgaranti içinde mütalaa edilebilir.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.402.

KLEINER'e göre²³, kontrgaranti veren banka, kendi müşterisi olan lehtarın edimini güvence altına almamaktadır. Dolayısıyla, kontrgaranti vekâlet olarak nitelendirilmektedir. İsviçre Hukukunda kontrgarantinin hukuki niteliği konusunda, vekâlet görüşü hâkimdir²⁴. Kontrgarantinin hukuki niteliğinin "garanti sözleşmesi" olduğunu savunan REİSOĞLU,²⁵ Kontrgarana rücu kanuna değil, fakat kontrgaranti sözleşmesine dayanmakta ve kontrgaran, bankaya kendi lehine veya üçüncü kişi lehine teminat mektubu düzenleme talimatı verirken, bankaya, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürmeden ilk talepte derhal ödeme yetkisi vermekte ve bu özelliği nedeniyle kontrgaranti garanti sözleşmesi niteliğini kazanmaktadır. Yargıtay²⁶ da bankanın lehtara teminat mektubu vermesini sağlamak için kontrgarantiyi imzalayan kontrgaran ile banka arasındaki ilişkiyi bir garanti sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, *lehtar dışındaki üçüncü kişi ileride mektuplardan iktisaden ortaya çıkabilecek zararlı olayları (riziko), daha açık bir deyimle hukuki sorumluluğu banka ile kontrgaranti sözleşmesi kurmak suretiyle yüklenmiş ve müstakil borç altına girmiştir.*

Bankalar, teminat mektubu verince rücu edebilmek için, başka bir ifadeyle verdikleri teminat mektubuna güvence teşkil etmek üzere, kontrgaranti almaktadırlar. Bu durum yukarıda da izah edildiği gibi teminat mektubu veren banka için bir ekonomik zorunluluktur. Banka teminat mektupları, hukuki nitelik olarak bugün için hem doktrinde hem Yargıtay tarafından garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Burada bankanın kontrgarana rücu yasaya göre değil, fakat kontrgaran ile imzalanan sözleşmeye dayanmaktadır. Kontrgaran, bankaya kendi lehine veya üçüncü kişi lehine teminat mektubu düzenleme talimatı verirken, bankaya, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürme hakkından daha başlangıçta feragat etmekte ve bu özelliği nedeniyle kontrgaranti, garanti sözleşmesi niteliği kazanmaktadır²⁷.

Banka verdiği teminat mektubu nedeniyle lehtara rücu etmek durumunda kalırsa, rücu hakkı imzalanan kontrgarantiye dayanmaktadır. Zira ödeme yapma durumunda kalan bankanın elinde yasadan kaynaklı bir rücu hakkı söz konusu değildir. Burada BK. m. 496'da düzenlenen ve ödeme yapan kefile tanınan halefiyet durumu söz konusu değildir.

²³ B. KLEINER, Bankgarantie, 4.Aufl., Zürich 1990., s. 177. (Naklen) DOĞAN, s.238'deki 71 nolu dp.

²⁴ KAHYAOĞLU, s.25'te 11 nolu dp'ta atıf yapılan yazarlar.

²⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.403.

²⁶Yargıtay 15. Hukuk Dairesi(HD.) 04.11.1977 Tarih, 1133/2042 sayılı İçtihadı için bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.403.

²⁷ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.403.

Banka muhataba hitaben lehtar lehine verdiği teminat mektuplarında- garanti altına alın risk (riziko) gerçekleştiği durumda- muhatabın ilk yazılı talebinde derhal ödeme yapmak durumundadır. Banka teminat mektubu ile garanti ettiği muhatabın zararını risk gerçekleştiğinde tazmin edecektir²⁸. Banka tarafından teminat mektubu verilirken, teminat mektubu talebinde bulunan kişiden kontrgaranti adı altında çeşitli güvenceler istenmektedir. Banka tarafından düzenlenen teminat mektuplarına karşılık olarak teminat mektubu talebinde bulunan kişi tarafından verilebilecek olan teminatlar tek tip olmayıp çeşitli şekillerde olabilmektedir. Bankadan teminat mektubu talebinde bulunan kişi tarafından verilebilecek olan bu teminatların tamamına kontrgaranti adı verilmektedir. Bankadan teminat mektubu talebinde bulunan kişi tarafından verilebilecek olan teminatlar çeşitli olup, bir sonraki başlık altında genel olarak neler olabilecekleri anlatılacaktır.

1.4-BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA BAĞLI OLARAK VERİLEN KONTRGARANTİLER

Daha önce izah edildiği gibi kontrgaranti, banka tarafından verilen teminat mektubunun güvencesidir. Teminat mektubunun güvencesini teşkil eden kontrgaranti lehtar tarafından verilebileceği gibi, lehtar dışındaki bir gerçek veya tüzel kişi hatta bir başka banka tarafından da verilebilir. Teminat mektubunun güvencesini teşkil eden kontrgarantinin bir başka banka tarafından verilmesi durumu daha çok milletler arası ticari ilişkiler bakımından söz konusu olmaktadır.

Banka lehtarın talimatı doğrultusunda düzenlediği teminat mektubu şeklindeki gayri-nakdi krediye karşılık olarak; aynı teminat alabileceği gibi şahsi teminat da alabilir²⁹.

Banka aynı teminat olarak taşınmaz rehni alabilir³⁰. Bu durumda banka lehine ipotek tesis edilir. İpotek tesis edilecek taşınmazın mutlaka lehtara ait olması gerekmez, taşınmaz bir üçüncü kişiye de ait olabilir. Bu durumda üçüncü bir şahsın taşınmazı lehtarın borcu için bankaya garanti teşkil etmek üzere verilmektedir. Ve alacaklı hak sahibi taşınmazın

²⁸ Riskin gerçekleşmesiyle birlikte kendisine ilk yazılı talepte ödeme yapan garanti verenin borcunun niteliğinin ne olduğu hususu ileride son bölümde ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

²⁹ Banka tarafından verilen teminat mektuplarının güvencesini teşkil etmek üzere lehtar veya lehtar dışındaki bir üçüncü gerçek veya tüzel kişiden alınan teminatların tüm çeşitleri anlatılmayacak, burada şahsi teminatların türü olarak KAG sözleşmesi anlatılacak.

³⁰ “Rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, hak sahibine bir taşınmaz veya taşınır mülkiyetini veya bir başka hakkı paraya çevirmek ve elde edilen meblağdan öncelikle alacağını almak yetkisini veren haktır.” Leemann, Vorb. Vor Art. 793, N.1. (Naklen), M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku (Zilyedlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar), 10. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s.677.; Türk Medeni Kanunu (TMK) rehin haklarını taşınmaz rehni (İpotek) ve taşınır rehni olarak ikiye ayırmaktadır. Hak üzerinde rehni ise, taşınır rehni içinde düzenlemektedir.

değerinden alacağını elde etmektedir. Taşınmaz rehni dışında taşınır rehni, alacak rehni, gemi rehni, ticari işletme rehni³¹ de teminatın güvencesi olarak, kontrgaranti adı altında bankaya verilebilir. Tüm bu durumlarda teminat mektubu düzenleyip ağır ve istisnai bir sorumluluk altına giren banka kendini garantiye almaktadır.

Banka teminat mektubuna karşılık olarak aynı teminat dışında her türlü şahsi teminat da kontrgaranti olarak verilebilir. Verilecek olan şahsi teminatlar; -başta üçüncü kişiler tarafından müşterek ve müteselsil borçluluk sıfatıyla taahhüt altına girilmesi-, -lehtar veya üçüncü kişinin kefil olması-, -yine üçüncü kişinin garanti veren sıfatıyla taahhüt altına girmesi- ve son olarak uluslar arası ticari ilişkilerde daha çok karşılaşılan-başka bir bankanın teminat veren banka lehine teminat mektubu düzenleyerek sorumluluk altına girmesidir.

Yukarıda bahsedilen tüm teminatlar banka tarafından verilecek teminat mektubunun güvencesini teşkil etmek üzere, teminat veren banka lehine verilebilecek teminatlardır. Bu teminatların tümü isimleri ne olursa olsun “kontrgaranti” olarak adlandırılmaktadır. Görüldüğü gibi teminat mektubu veren banka lehine verilen kontrgarantiler çok çeşitli olabilmektedir. Dolayısıyla kontrgaranti denildiğinde homojen bir kavram anlaşılmaz. Bütün bunların yanında banka ile kontrgaran arasında imzalanan taahhünamede bankanın hak kazanacağı komisyon alacağı da yazılmaktadır.

1.5-KONTRGARANTİNİN ALINMADIĞI HALLERDE LEHDARA RÜCU SORUNU

Banka teminat mektuplarının doktrin ve Yargıtay kararlarında garanti sözleşmesi sayılması, kontrgarantiyi, banka için verdiği kredinin iadesi konusunda tek akılcı çözüm yolu haline getirmiştir. Kontrgaranti ilişkisinin bulunmadığı bir hukuksal kurguda bankanın lehtara rücuu mümkün müdür? Burada yapılacak inceleme üç hukuksal kavram çerçevesinde olacaktır: Sebepsiz zenginleşme³², vekâletsiz İş görme³³ ve BK. m. 51’e dayanan rücu

³¹ Ticari işletme rehni TMK’ da düzenlenmemiş olup ayrı bir yasada düzenlenmiştir. Bkz. Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, (Ticari İşletme Hukuku), Gözden geçirilmiş 7. Baskı, Ankara: BATİDER 50.yıl(1954-2004), Türkiye İş Bankası Vakfı-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2004, s.45 vd.

³² Sebepsiz zenginleşme, Borçlar Kanunu (BK.) 61. maddeye göre, “*Haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap eden kimse onu iadeye mecburdur.*”

³³ Vekâletsiz iş görme BK. 410-415. maddeleri arasında düzenlenmiştir. BK. 410. maddeye göre, “*Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmağa mecburdur.*”

hakkı³⁴. Kontrgarantinin bulunmadığı bir kurguda, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve BK. m.51'deki eksik teselsül kurumlarından birini kabul eden yazarlar olduğu gibi, garanti verenin elinde kontrgaranti bulunmadığı hallerde temel ilişkideki borçluya karşı, eksik teselsül, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak rücu hakkının kullanılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır³⁵.

“1.5.1- Sebepsiz Zenginleşme Görüşü”

Doktrinde bir görüş,³⁶ bankanın ödediği mektup bedelinin temel ilişkide lehtarın borcuna mahsup edildiği halde sebepsiz zenginleşmeden dolayı rücu imkânını kabul etmektedir. Sebepsiz zenginleşme konusunda bir başka görüş göre ise banka, teminat mektubundan doğan kendi borcunu ifa etmektedir. Bundan dolayı da muhatabın ödemeyi lehtarın borcuna mahsup etmesi mümkün değildir³⁷.

“1.5.2- Vekâletsiz İş Görme Görüşü”

Kontrgarantinin alınmadığı hallerde bankanın, lehtara rücu hakkına dayanak olarak vekâletsiz iş görmeyi savunan görüşe göre,³⁸ banka, lehtar ile arasında bir iş görme anlamında bir ilişki söz konusu olmadığı halde onun menfaatine hareket etmekte, lehtara ait bir borcu

³⁴ “Muhtelif Sebeplerin İctimai halinde” başlığını taşıyan BK. m.51'e göre, “ *Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere(haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.*

Kaideten haksız bir fiil ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.”

³⁵ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Özel Borç İlişkileri), C.II, 4. Tıpkıbasım, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul: Ekim 1989, s. 874., Yazar, Yargıtay'ın 1969 tarihli İBK' ndan yola çıkarak, Yargıtay'ın garanti verenin rücu hakkının BK. m.109'a, müteselsil borçluluk hükümlerine, BK. m.496'ya ve (Türk Ticaret Kanunu) TTK.m.1301'e dayandırılmayacağı görüşü doğru olsa da; vekaletsiz iş görmeye, sebepsiz zenginleşmeye veya BK. m.51'e dayanarak rücu hakkının kullanılmayacağı görüşü isabetli değildir.; A.Özge YENİCE, Teminat Sözleşmelerinde Rücu ilişkileri (Kefalet Sözleşmesinde Rücu, Garanti Sözleşmesinde Rücu, İpotekte Rücu), (Rücu İlişkileri), İstanbul: On iki Levha Yayınları, Nisan 2009, s.119., YENİCE, Kontrgarantinin bulunmadığı bir kurguda garanti verenin rücu hakkının bulunup bulunmadığı ve bunun dayanağının ne olacağı şeklindeki konuyu, bu konudaki görüşlere ve Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşünü açıkladıktan sonra rücu hakkının eksik teselsül, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak kullanılacağını savunmaktadır.

³⁶ Haluk TANDOĞAN, “Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehtara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında”, (Lehtara Rücu Meselesi), C.V. S.4, Ankara: BATİDER, 1970, s.655.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.79'daki 250 nolu dp.'ta atıf yapılan yazarlar.

³⁷ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.362-363.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.82, yazar burada muhatabın mahsup zorunluluğu altında olmadığını da belirtmektedir.

³⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.657.

ödemektedir. Dolayısıyla o burada banka vekâletsiz iş görmeye dayanarak lehtara rücu edebilir³⁹.

“1.5.3- BK. m.51 Hükmü Görüşü”

Kontrgaranti ilişkisinin olmadığı bir kurguda bankanın, lehtara rücu imkanının olup olmadığı konusunda son olarak BK. m. 51 uyarınca lehtara rücu konusunda doktrinde bir görüş,⁴⁰ bankanın lehtara rücuunda, banka, muhataba ödemede bulunduğu BK. m.51’e dayanarak, borcunu yerine getirmeyen lehtara karşı rücu hakkını hakkaniyet gereği haiz olmaktadır. Bu konuda diğer bir görüş,⁴¹ bankanın BK. 51 hükmüne dayanarak lehtara rücu edemeyeceği görüşündedir. Yargıtay 1969 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında, bankanın BK. m.51’e dayanarak teminat mektubu lehtarına, yani garanti ilişkisinin dışındaki üçüncü kişiye rücu hakkı tanımamaktadır⁴².

³⁹ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s .82., yazar, rücu konusunda, karşı-garantinin alınmadığı bir durumda, bankanın, muhataba ödemede bulunduktan sonra, ödediği miktar için lehtara sebepsiz zenginleşmeye, vekaletsiz iş görmeye veya BK. m.51 hükmüne dayanarak rücu edemeyeceğini savunmaktadır.

⁴⁰ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.365.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.870-872, Tandoğan’a göre Yargıtay’ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına konu oluşturan olay bakımından uygulanmayacağı belirtiltiğini, bankanın lehtara rücu konusunda hakkaniyet gereği BK. m. 51 hükmüne uygulanma imkanı tanınmasını önermektedir.

⁴¹ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.82-83, yazara göre, BK. 51 hükmünün doktriner bir yorumla, aynı sebeple, örneğin sözleşme nedeniyle sorumlu olan kişiler hakkında da uygulanabileceğinin kabul edilmesi, sözleşmeden dolayı, birbirinden bağımsız olarak borç altına giren borçlular arasında teselsül yaratılması anlamına gelir ki, bu sonuç Borçlar hukukunun temel ilkelerine aykırı düşer ve suni zorlama bir çözüm olmaktan öteye gidemez. Bu nedenle, BK.m.51 hükmüne dayanarak bankanın lehtara rücu edebilme imkanı yoktur.

⁴² Yargıtay 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında “... Banka bu teminat mektubunu üçüncü kişiler ile yaptığı kredi anlaşmasına ve kontrgaranti taahhütnamesine dayanarak gümrük idaresine vermiştir. Bu suretle doğacak zararını akdi bir ilişki ile temin etmiş durumdadır. Bankadan muvakkat ithalatçı lehine mektubu alan kimseler ile üçüncü şahıs mevkiinde olan ithalatçı arasında mektup verilmesi hususunda bir anlaşmanın mevcut olması gerekir. Çoğunlukla muvakkat ithal edilen bu mallar kanaviçe, süt gibi ambalaj malzemesine ait olduğundan muvakkat ithalatçı çoğunlukla bu malları başkalarına satmakta, onlar da bu harici satışla kendilerine ait olan bu malların gümrük resmini temin için bu vergi ile kanunen ve resmen sorumlu olan ithalatçı lehine bankalardan teminat mektubu almaktadırlar. Şu halde gerçekte borçlu banka ile anlaşma yapan bu kişilerdir. Böyle olunca muvakkat ithalatçıya rücu hakkının tanınması Medeni Kanunun 4 üncü maddesinde anlamını bulan hakkaniyet ve nasfet kaidelerine aykırı olur. Bu sebeple Borçlar Kanunun 51 inci ve dolayısıyla 50 inci maddelerine dayanarak rücu hakkı benimsenmeyerek bu yönden rücu edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.” (RG, Nr. 12867)

2. İKİNCİ BÖLÜM:

GARANTİ SÖZLEŞMESİ, TANIMI, UNSURLARI, TÜRLERİ, BENZER KURUMLAR İLE ORTAK VE AYRILDIKLARI NOKTALAR

2.1-GARANTİ SÖZLEŞMESİ

2.1.1- Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde ve özel kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmeler isimsiz veya atipik sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır⁴³. Başta Borçlar Kanunumuzda olmak üzere diğer kanunlarımızda birçok sözleşme kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olmasına rağmen, ekonomik gelişmeler ve sözleşme serbestisi ilkesi hep beraber ortaya çıkan yeni sözleşme tiplerinin öngörülmemiş ve yasalarda düzenlenmemiş olmasını doğal kılmıştır. Bu şekilde pozitif yasal düzenlemesi olmayan sözleşmelere en güzel örnek olarak şahsi teminatların bir türü olan garanti sözleşmesi gösterilebilir⁴⁴. Garanti sözleşmesi atipik sözleşmelerin en tipik örneklerinden bir tanesidir. Yasalarımızda garanti sözleşmesi düzenlenmemiştir. BK' da garanti sözleşmeleri düzenlenmeden bırakılmış ve sadece, bu sözleşmelerin özel bir çeşidi kabul edilen, üçüncü şahsın fiilini taahhüt hakkında BK. m.110'da tek maddelik bir düzenleme yapılmıştır⁴⁵. Yasalarımızda garanti sözleşmesi düzenlenmemiş olmasına rağmen, doktrin ve Yargıtay içtihatları ile bu sözleşmenin varlığı kabul edilmiş, tanımı, unsurları, türleri, hukuki niteliği ve özellikleri ortaya konulmuştur.

⁴³ Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), Yenilenmiş 7. Baskı'yı Hazırlayanlar: Cevdet YAVUZ/ Burak ÖZEN/ Faruk ACAR, Yenilenmiş 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul: Beta Yayınları, Haziran 2007, s.8-9.; Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (Özel Borç İlişkileri), Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s.49.; S. Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, TEKİNAY BORÇLAR HUKUKU Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988, s.72.; Hüseyin HATEMİ/ Rona SEROZAN/ Abdulkadir ARPACI, Borçlar Hukuku-Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.33vd.;Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul: Beta, Ekim 2003, s.192.; Aydın ZEVLİLİLER, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara:Turhan Kitabevi, 2008, s.36-37.

⁴⁴ YAVUZ, Özel Hükümler, s.870 vd.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.34 vd.; Sermet AKMAN, “ ‘Garantör’ Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler”, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGİN’ e armağan, İkinci Cilt, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s.1669.; KAYA, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.216.; DOĞAN, s.75 vd.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s. 27.

⁴⁵ AKMAN, s.1670.; Garanti ile ilgili olarak, TTK. 465. Maddesinde “*garanti taahhütlerinden doğan mükellefiyetler*” denilerek, garanti taahhütleri kavramına yer verilmiştir.: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olduğu Görüşü için bkz. Melek Bilgin YÜCE, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s.9 vd.’da 8 nolu dp.’ da ki yazarlar. ; Hem garanti sözleşmesinin hukuki niteliği hem de BK. m. 110’da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği ileride anlatılacaktır.

Banka teminat mektupları ve banka teminat mektuplarının garantisini teşkil eden, risk gerçekleştiğinde ödeme yapmak zorunda olan bankanın lehtara rücu imkânını sağlayan kontrgarantinin hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi⁴⁶ ve tez’de kontrgaranti amaçlı kurulan garanti sözleşmesi anlatılacağı için garanti sözleşmesinin açıklanması gerekir.

Garanti sözleşmesi denildiği zaman, sadece bir sözleşme türü anlaşılmaz. Garanti sözleşmesi denildiği zaman çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilecek olan sözleşme kategorisi anlaşılır⁴⁷. Garanti sözleşmesi olarak telakki edilebilecek bütün sözleşme çeşitlerinde, garanti veren, garanti alan tarafın uğrayacağı riski garanti eder. Garanti sözleşmesi ister, saf garanti sözleşmesi şeklinde yapılsın, ister teminat amaçlı garanti sözleşmesi şeklinde yapılsın⁴⁸ veya tez’in ana konusunu oluşturan KAG sözleşmesi şeklinde yapılsın veya başka şekillerde yapılsın, garanti sözleşmesinin bütün bu çeşitlerinde garanti veren tarafından garanti alan tarafın karşı karşıya olduğu ekonomik bir risk garanti edilmektedir.

Garanti sözleşmesine ilişkin olarak bir sonraki başlık altında inceleneceği üzere, doktrinde bu sözleşmeye ilişkin olarak birbirine yakın çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımların çoğunda, garanti sözleşmesi tanımlanırken, garanti sözleşmesinin özellikle kefalet ile olan farkı veya garanti sözleşmesinin ne olmadığının anlatılmaya çalışmasıyla tanımlar yapılmıştır. Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yapılan bu tanımlar, bize garanti sözleşmesini anlamakta yardımcı olmasına rağmen, geniş bir uygulama alanına sahip olan bu sözleşme ile ilgili olarak özellikle sözleşmenin hükümlerinin ortaya konulmaya çalışılması noktasında eksik kalmaktadır. Fakat bu belirsizlik ve olumsuzluklara rağmen, yasal düzenlemesi olmayan bu sözleşme ile ilgili olarak doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yapılan tanımlamalar bize bu sözleşme ile ilgili, sözleşmenin unsurlarının neler olduğu, hukuki niteliği, tarafları, hükümleri hakkında yol göstermektedir.

⁴⁶YENİCE, Kontrgaranti, s.180.; Banka teminat mektubunun garantisini teşkil eden, kontrgarantinin hukuki niteliği için bkz. Daha önce 1.Bölüm 1.3 nolu başlık altında yaptığımız açıklamalar.

⁴⁷TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 305.

⁴⁸ Teminat amaçlı garanti sözleşmesini kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ta kullanılmaktadır. Bkz. Arif KOCAMAN, “ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.07.2001 Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel(Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?”, (Kişisel Teminat), Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BATİDER, XIX 10 Mayıs 2003, s.71.: *Saf garanti’de; garanti veren, her hangi bir somut borç ilişkisinden bağımsız bir sonucu garanti etmektedir. Buna karşılık, teminat amaçlı veya kefalet benzeri garanti’de, garanti alanın, üçüncü bir şahsın edasına dair sözleşmesel bir talebin söz konusu olduğu bir temel borç ilişkisiyle bağlantı vardır. Fakat yine de garanti alan bağımsız bir yükümlülük üstlenmektedir* ;AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s.172 vd., Garanti sözleşmeleri, Saf Garanti sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi dışında, Tekel Bayiliği için, lastik, çimento, akar yakıt, likit petrol gazı, acentalık için, Milli Piyango ve Spor Toto Bayilikleri için de garanti talep edilmektedir.; Bu çeşitler dışında, garanti sözleşmesi belli süreli veya süresiz garanti talepleri şeklinde de ayrılmaktadır.

2.1.2- Garanti Sözleşmesinin Tanımı

Garanti sözleşmesi, kefalet gibi şahsi teminat sözleşmelerindendir⁴⁹. Bu sözleşme tipi günümüzde banka teminat mektupları şeklinde geniş uygulama alanı ile karşımıza çıkmaktadır. Bu kadar geniş bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen, başta BK' muzda olmak üzere, yasalarımızda garanti sözleşmesi düzenlenmemiştir⁵⁰. Yasalarımızda garanti sözleşmesi düzenlenmediği için, bu sözleşmenin tanımına da yasalarımızda yer verilmemiştir⁵¹. Fakat yasal düzenlemesi olmayan ve geniş bir uygulama alanına sahip olan garanti sözleşmesi doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında tanımlanmıştır. Garanti sözleşmesinin doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yapılan bu tanımlarından yola çıkarak, bu sözleşmenin unsurları, hukuki niteliği ve sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri hakkında değerlendirme yapılabilecektir⁵².

Garanti sözleşmelerinin uygulamada en sık karşılaşılan örnekleri,⁵³ “kurs işletenin kursa katılanların sınavda başarı sağlayacağı yolundaki garantisi”, “hisse senedi satıcılarının temettü garantileri”, “ihalelerdeki teminat akçaları” ve özellikle uygulamada çok sık karşılaşılan “banka teminat mektupları” örnek verilir. Bunun dışında devlet tarafından öğrenim giderleri karşılanarak yurt içinde ya da yurt dışında okutulan öğrencilerin üstlendikleri zorunlu hizmet karşılığında üçüncü kişilerin verdiği ve uygulamada ‘kefalet senedi’ ismi verilen belgeler de, aslında garanti sözleşmesi mahiyetindedir⁵⁴.

Doktrinde garanti sözleşmesi konusunda çeşitli tanımlar vardır. Doktrinde garanti sözleşmesine ilişkin olarak yapılan tanımlar şöyledir:

⁴⁹ KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.70.; Erden KUNTALP, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha POROY’ a armağan, s.28 vd. Şahsi teminatlarda, teminat verenin bir başkasının borcunu temin etmek üzere kişisel borç altına girmesi söz konusu olmaktadır. Buna karşılık aynı teminatlarda, alacaklıya alacağını elde etmesine yönelik olarak belli bir eşya üzerinde bir aynı hak sağlanmaktadır. Ve alacaklı alacağını temin için öncelikle bu eşyaya başvurur.

⁵⁰ YAVUZ, Özel Hükümler, s.870.

⁵¹ Yasalarımızda garanti sözleşmesine yer verilmemiştir. Fakat garanti sözleşmesi gibi şahsi teminat sözleşmelerinden biri olan Kefalet BK.’ da düzenlenmiştir. Garanti sözleşmesi, BK’ da düzenlenmediği gibi, BKT’ de de yer almamıştır. Garanti sözleşmesi geniş bir uygulamaya sahip olmasına rağmen yasal düzenlemesinin olmaması bir eksiklik.

⁵² Garanti sözleşmesi gibi uygulamada çok sık karşılaşılan ve çeşitli görünüm şekilleri olan bir sözleşmenin yasal düzenlemesinin olmaması bir eksiklik. Gerçekten garanti sözleşmesinin bir çeşidi olarak kabul edilen banka teminat mektupları uygulamada çok sık karşılaşılan bir garanti türü olmasına rağmen, bu gün yasal düzenlemesi bulunmamaktadır.

⁵³ AKMAN, s.1670.

⁵⁴ ZEVLİLİLER, s.39.

“ Garanti Mukavelesi ile bir kimse, başkasının kazanç kasdı güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdi ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle, yardım ve teşvik etmek gayesini güder. ”⁵⁵

“ Garanti sözleşmesi, her iki çeşidini de kapsamak üzere, garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine girdiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir. ”⁵⁶

“ Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır ”⁵⁷

“Garanti akdi ile bir kimse, bir şeyin mevcut olduğunu veya olmadığını, bir şeyin olacağını veya olmayacağını garanti edip, aksi halin tahaddüdü için mesuliyeti üzerine alır. ”⁵⁸

“ Garanti Sözleşmesi ile taraflardan biri(garanti veren), bir üçüncü kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu temin ve üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde diğer tarafa(garanti alana) tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir. ”⁵⁹

“ En geniş anlamı ile garanti sözleşmesi, garanti edenin garanti verdiği kişiye belli bir ekonomik başarıyı veya onun devamını veya onun devamını veya belli bir tehlikenin gerçekleşmeyeceğini vaad ve vaadinin aksinin gerçekleşmesi halinde bundan doğan sorumluluğu yüklendiği tek taraflı bir borç sözleşmesidir. ”⁶⁰

⁵⁵ Rudolf STAMMLER’in Garanti Sözleşmesi tanımı için bkz. Seza REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, (Garanti Mukavelesi), Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1963, s.6. dp.1.; Haluk TANDOĞAN, GARANTİ MUKAVELESİ(Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), (Garanti Mukavelesi), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara: İstanbul Güzel Matbaası, 1959, s.6.; Ayrıca, Stammler’in garanti sözleşmesine ilişkin tanımının, garanti sözleşmesinin modern anlamına ışık tuttuğuna, fakat, bugün için garanti sözleşmesi kavramının, Stammler tarafından açıklanan teşviki veya başka bir deyişle yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmelerini değil, teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerini de kapsamına almaktadır, şeklindeki görüş ve Garanti Müessesinin tarihi gelişimi için bkz. KAHYAOĞLU, s.4 vd.

⁵⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.809.

⁵⁷ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.9.

⁵⁸ Feyzi Necmeddin FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.II, İstanbul: 1969, s.235vd.

⁵⁹ YAVUZ, Özel Hükümler, s.871.

⁶⁰ Ünal TEKİNALP, Ünal Tekinalp’ in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 512.

*“ Garanti mukavelelerinde, garanti veren, garanti alanın girişeceği bir teşebbüsle ilgili olarak, gelecekte vukuu az çok şüpheli bir fiilin veya olayın vuku bulmamasından doğan zarar tehlikesini, bağımsız bir taahhülle üzerine alır. ”*⁶¹

Şeklinde tanımlar yapılmaktadır.

Garanti sözleşmesinin tanımına ilişkin olarak Yargıtay 1969 yılında verdiği 11.06.1969 tarih ve 4/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında garanti sözleşmesini, *“... garanti mukavelesi, bir kimsenin ferî olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir...”*⁶²

Yargıtay 1969 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararından sonra 1985 yılında verdiği bir kararda, garanti sözleşmesini tanımlarken: *“...Garanti sözleşmesi ferî nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki, garanti veren garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs ve iş yapmaya yöneltmek amacı ile bağımsız olarak söz konusu işin veya teşebbüsün tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır...”*⁶³

Yukarıda hem doktrinde yapılan garanti sözleşmesi tanımları hem de Yargıtay’ın bu konudaki tanımlarına bakıldığında, yapılan tanımlamalar, birbirinden farklı gibi görünse de sonuçta aynı amaçta birleşmektedirler.

2.1.3- Garanti Sözleşmesinin Tanımına İlişkin Ortak Noktalar

Garanti sözleşmesine ilişkin hem doktrinde yapılan ve hem de Yargıtay tarafından yapılan tanımların bazılarının ortak noktaları olarak beliren unsurlar, bu sözleşmede, garanti alanın fiili, garanti verenin garanti alanı bir fiile sevk etme amacı, ivazsızlık, bir riskin garanti edilmesi ve garanti sözleşmesinin en çok benzediği diğer bir şahsi teminat olan kefaletten ayıran unsur olan bağımsız bir yükümlülük üstlenilmesidir⁶⁴. Tez’de KAG sözleşmesi anlatılacağı için, biraz önce doktrinde ve Yargıtay kararlarında yapılan tanımlardan hareketle sayılan unsurlardan – bir riskin garanti edilmesi ve – bağımsız bir yükümlülük üstlenilmesi unsurları daha çok anlatılıp, savunulacaktır. Zira bu iki unsur bizce garanti sözleşmesinin en

⁶¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.304.

⁶² RG. Nr.12867.

⁶³ Yargıtay 11.HD. 15.10.1985,E.4169,K.5613, Bkz. Seza REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında KEFALET, (KEFALET), Ankara: 1992, s.78.; KAYA, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.218. 35 nolu dp.

⁶⁴ Garanti sözleşmesinin diğer benzer hukuki kurumlardan farkı, özellikle şahsi teminatların bir türü olan kefaletten farkı önem arz ettiği için ileride ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

belirleyici unsurlarıdır. Kural olarak garanti sözleşmesi ivazsız olmasına rağmen, garanti sözleşmesinin bir ivaz karşılığında yapılmasına da hiçbir engel yoktur⁶⁵.

2.1.4.- Garanti Sözleşmesinin Unsurları

Şahsi teminatların bir türü olan ve yasalarımızda düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesinin doktrinde ve Yargıtay kararlarında yapılan tanımların ortak noktalarından hareketle, garanti sözleşmesinin unsurları belirlenmiştir. Garanti sözleşmesinin unsurları: garanti alanın fiili, garanti verenin garanti alanı bir fiile sevk etme amacı, ivazsızlık, bir riskin garanti edilmesi ve en önemli ve belirgin özellik olan bağımsız bir yükümlülük üstlenilmesidir.

2.1.4.1- Garanti Alanın Fiili (Teşebbüsü veya Girişimi)

Garanti sözleşmesine ilişkin yapılan tanımlara bakıldığında, garanti alan tarafın fiili, teşebbüsü tabiri, garanti sözleşmesinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Garanti sözleşmesine ilişkin yapılan çalışmalar incelendiğinde, teşebbüs kavramının –“Stammler”- tarafından ilk defa kullanıldığı görülecektir. Burada teşebbüs kavramı garanti alanın garanti edilen faaliyetini ifade etmektedir⁶⁶.

Garanti edilen teşebbüsten anlaşılması gerekenin sadece garanti alanın teşebbüsünün olduğu savunulmaktadır. Buna göre, garanti veren, garanti alanı belli bir yapma veya yapmamaya sevk etmek istemektedir⁶⁷. Fakat garanti sözleşmesinin unsurlarından biri olarak garanti alan tarafın fiilinin değerlendirilmesi beraberinde bazı sorunlara yol açmaktadır. Çünkü garanti sözleşmesi ile garanti alanın fiilinden kaynaklanan risklerin dışında, bir üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanan riskler de garanti edilmektedir. BK. m.110’da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesini garanti sözleşmesinin bir türü olarak gören görüş,⁶⁸ ve garanti sözleşmesinin teminatı amaçlayan veya kefalet benzeri garanti sözleşmesi ve yöneltmeyi amaçlayan veya saf garanti sözleşmesi olarak iki türünün olduğu ve teminatı

⁶⁵ EREN, s.154 vd.:*Hukuki işlemler, özellikle kazandırmalar bir ivaz, yani bir karşı edim mukabilinde yapılabileceği gibi, ivazsız da yapılabilirler. İvazlı hukuki işlemlerde taraflardan birinin edimine mukabil diğer tarafın edimi, bir karşı edim şeklinde söz konusu olur. Her iki edim, tarafların takdirine göre değer yönünden birbirinin karşılığını oluşturur. İki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim daima mevcuttur. Satım, Kira, Hizmet, İstisna vs. İvazlı Sözleşmelere örnek gösterilebilir.*

⁶⁶ Rudolf STAMMLER, Der Garantievertrag, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 69(1866), s.8.(naklen) REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.13.

⁶⁷ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.14-15.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.804 vd.; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.70 vd.

⁶⁸ Bu görüşe ileride üçüncü kişinin fiilini taahhütle garanti sözleşmesi arasındaki ilişki anlatılırken yer verilen 2.4.3. nolu başlık altında yaptığımız açıklamalar.

amaçlayan veya kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti alan dışında temel borç ilişkisindeki borçlu tarafın fiilinin tehlikeli sonuçlarının garanti edildiği düşünüldüğünde, bu unsurun garanti sözleşmesinin bir unsuru olmayacağını söyleyebiliriz. Buna göre, garanti sözleşmesinde garanti edilen riskin kaynağının garanti alan dışında bir başka kişinin fiili olabilmesi, garanti alanın fiilinin sözleşmenin bir unsuru olmayacağını gösterir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmelerinde, garanti verenin üstlendiği risk, garanti alanın fiilinden değil de üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanmaktadır.

Garanti sözleşmesi ile garanti veren taraf bir riski üstlenmekte, garanti etmektedir. Garanti sözleşmesinde garanti verenin garanti ettiği risk, garanti alan tarafın uğrayacağı muhtemel zarardır. Burada garanti veren tarafından üstlenilen muhtemel zarar, garanti alanın fiilinden kaynaklanabileceği gibi, bir üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir. Garanti sözleşmesinde garanti edilen riskin kaynağı olarak, sadece garanti alan tarafın fiilinin sonucu doğabilecek riskler olarak yorumlanması, zorlama bir yorum olur. Özellikle teminat amaçlı veya kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde, garanti veren ile garanti alan arasındaki garanti sözleşmesinin kaynağını oluşturan temel borç ilişkisinde yer alan borçlu tarafın fiilinin zararlı sonuçları garanti edilmektedir. Böylece, garanti sözleşmesinde bir unsur olarak sadece garanti alanın fiilinin sonuçlarının garanti edildiğinin savunulması, garanti sözleşmesinde riskin kaynağı konusunda zorlama bir yorum olarak karşımıza çıkar. Zira garanti sözleşmesinde garanti alan tarafın dışında çoğu zaman bir üçüncü kişinin fiili garanti edilmektedir.

2.1.4.2- Garanti Verenin, Garanti Alanı Bir Fiile Sevk Etme Amacı⁶⁹

Garanti sözleşmesinde, garanti veren taraf, genellikle, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla, onun hareket tarzının zararlı sonuçlarını karşılamayı borçlanır⁷⁰. Garanti sözleşmesinde garanti alanın yöneltildiği hareket tarzı, yapma şeklindeki olumlu bir davranış olabileceği gibi, yapmama şeklinde olumsuz bir davranış da olabilir. Sözleşmede garanti veren garanti alanı belli bir hareket tarzına sevk etmek için, garanti alanın ilerde doğması muhtemel zararlarını karşılamayı garanti-taahhüt etmektedir. İşte garanti sözleşmesinde bu amaç, sözleşmeyi diğer benzer sözleşmelerden ayırmakta ve sözleşmeyi

⁶⁹ YAVUZ, Özel Hükümler, s.878.

⁷⁰ DOĞAN, s.34; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.17.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 809; YAVUZ, Özel Hükümler, s.878.; AKMAN, s.1671.

garanti sözleşmesi olarak karakterize etmektedir⁷¹. Bu nedenle garanti verenin amacı, sözleşmenin bir unsuru olarak garanti sözleşmesinin tanımında yer almaktadır.

Garanti alanın hareket tarzı, çoğu zaman bir ticari işletme kurmak, bir anonim şirketin hisse senetlerini satın almak, bir üçüncü kişiyle sözleşme yapmak biçiminde ortaya çıkabilir⁷². Garanti sözleşmesinde, garanti alanı belli bir davranışa yöneltmek amacı garanti sözleşmesinin sebebini oluşturur. Fakat garanti sözleşmesinin diğer bir türü olan teminat amaçlı garanti sözleşmesinde sebebini teminat sağlama olduğu söylenebilir⁷³.

Yukarıda izah edildiği üzere doktrinde bazı yazarlarca,⁷⁴ garanti sözleşmesi tanımlanırken, garanti verenin garanti alanı bir fiile sevk etmek amacına sözleşmenin bir unsuru olarak yer verilmektedir. Garanti sözleşmesinde önemli olan, garanti verenin zararı karşılaması, riski garanti etmesidir. Garanti sözleşmesi bakımından dikkate alınacak ve sözleşmeye yansıyacak irade, riski (rizikoyu) garanti etme iradesidir. Garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alanın uğraması muhtemel zararını üstlenmektedir. Garanti veren garanti sözleşmesinde, garanti alanın parasal zararını karşılama iradesini ortaya koymaktadır⁷⁵. Garanti veren bir miktar para ödeyeceğini garanti etmektedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra, garanti sözleşmesinde, garanti verenin garanti alanı belli bir fiile sevk etme amacının ötesinde, garanti alanın uğrayacağı muhtemel zararların üstlenilmesi, garanti edilmesi, bir riskin üstlenilmesinin amaç olduğu söylenebilir. Garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanın uğrayacağı riski bağımsız bir yükümlülük şeklinde garanti etmektedir.

2.1.4.3- İvazsızlık

Garanti sözleşmesi tanımlanırken, doktrinde yapılan tanımların bazılarında “ivazsızlık” sözleşmenin bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁷⁶. Garanti sözleşmesinde “ivaz”ın

⁷¹ DOĞAN, s.34 vd.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 17 vd.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.524.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.809-811.

⁷² AKMAN, s.1671.

⁷³ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 878.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.811.; Unutmamak gerekir ki garanti sözleşmesinin hangi türünden bahsedilirse bahsedilsin, bütün garanti sözleşmeleri teminat amaçlı yapılmaktadır.

⁷⁴ AKMAN, s.1671.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.17.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.809., Tandoğan, garanti alanı belli bir davranışa yöneltmek amacı garanti sözleşmesinin illetini oluşturur dedikten sonra, teminatı hedef tutan garanti sözleşmelerinde illetin teminat sağlama olduğunu ifade etmektedir.

⁷⁵ Tez konumuz açısından garanti verenin asli borcunun hukuki niteliğinin ne olduğu son bölümde kontrgaranti veren tarafın hak ve yükümlülükleri anlatılırken açıklanacaktır.

⁷⁶ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.22 vd.; DOĞAN, s.38.;HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.10-11., Adı geçen eserde, SEROZAN, İvazlı sözleşme, çok yanlı-karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeye göre üst kavramdır. Şöyle ki “sinallagmatik” bağlantısı dışında, “şart” ve “causa” bağlantıları da ivazsızlığı yok sayıp ivazlılığı

sözleşmenin esaslı bir unsuru olup-olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için ivazsızdır⁷⁷. Diğer bir görüşe göre ise, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen, bu sözleşmenin bazen ivazlı olabileceğinin kabulü gerekir⁷⁸.

Garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Fakat bu sözleşmenin karşı tarafının da ivaz yüklenmesi örneğin banka teminat mektuplarında mektup lehtarının komisyon ödemesi şeklindeki garanti sözleşmelerinde olduğu gibi, mümkündür. Dolayısıyla, garanti veren, garanti alana karşı tek taraflı borç altına girse de garanti alana da bir yükümlülük yüklenmesi sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak adlandırmasını etkilemeyecektir.

2.1.4.4- Bir Riskin Garanti Edilmesi

Garanti sözleşmesine ilişkin doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yapılan tanımlar birbirinden az veya çok farklı olmasına rağmen, hemen hepsinde, garanti verenin bir tehlikeyi, bir zararı veya mesuliyeti üzerine aldığına dikkat çekilmektedir.

Garanti veren, garanti alan tarafı belli bir hareket tarzına sevk etmek, özellikle onun alacaklı-temel ilişkide- olarak bir borç ilişkisine girişmesini teminat altına almak için bu hareket tarzından veya temel borç ilişkisinden doğacak tehlikeleri, riski karşılamayı üstlenir⁷⁹. Garanti veren tarafın yüklendiği tehlikenin kapsamına, kaza ve beklenmeyen haller de girer. Başka bir anlatımla, garanti veren garanti edilen sonucun kaza ve beklenmeyen hallerden

varsaymaya yeter. Yazar bu duruma örnek olarak da, “*Veriyorum gürlütlü etmemem şartıyla; veriyorum dönüp çalışasın diye.*” Örneğini vermektedir.

⁷⁷ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.22. REİSOĞLU’ na göre, garanti sözleşmesinde, sadece garanti veren bir mükellefiyet altına girmektedir. Riskin yüklenilmesindeki amaç garanti alandan bir karşı ivaz elde etmek değil, fakat teşebbüsün gerçekleşmesidir. Ayrıca yine aynı yazarın s.22’deki atfı yaptığı 66 nolu dp.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.817., TANDOĞAN’ a göre, garanti sözleşmesinin tanımında ivazsızlık şartının bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Sözleşmede riski üzerine alma, ivaz temini maksadından çok, üçüncü kişiyi belirli bir hareket tarzına sevk etmek amacına dayanmaktadır; eğer ivaz sağlamak esas amacı teşkil ediyorsa, sözleşme garanti sözleşmesi niteliğini taşımaz.

⁷⁸ DOĞAN, s. 38., 39 nolu dp: “İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli kararlarında garanti sözleşmesinin ivazlı olabileceğinin kabul etmekteydi”

⁷⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.811.; Tez’de, garanti edilen olgunun tehlike kavramı ile değil, risk kavramı ile adlandırılması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Buna göre, ilk bakışta birbiri ile aynı şeyi ifade eder gibi görünen risk ve tehlike kavramları arasında bazı farklar vardır. her şeyden önce, tehlikenin sebebi çoğu durumda bir fiil olmaktadır. Bu fiil ise garanti alandan veya bir üçüncü kişiden kaynaklanabilir. Zarara neden olan fiilin kimden kaynaklandığının, diğer bir ifade ile kişinin etkisinin esas alınması ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin birbiri ile örtüştüğü ortak alanın, tüm garanti sözleşmelerini kapsayan bir sınır olarak algılanması sonucunu doğurur. Zararın kaynağını tehlike ve tehlikenin kaynağı olan fiil kavramına odaklamak yerine, risk kavramı kullanılarak bu daralmanın önüne geçilebilir. Risk, tehlikeye göre daha geniş bir anlam taşır ve daha fazla hal ve olasılığı kapsar. Tehlike ise, çoğu halde bir fiilin sonucunda ortaya çıkan somut zararı ifade etmek için kullanılır.

dolayı ortaya çıkmaması durumunda da sorumlu tutulur⁸⁰. Garanti verenin sorumluluğu, banka teminat mektuplarında bankanın sorumluluğu gibi ağır bir sorumluluktur.

Garanti kavramı daima bir riskin varlığını zorunlu kılar⁸¹. Garanti sözleşmesinde, garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek için, bu hareket tarzından doğabilecek rizikoları (riski) garanti etmektedir. Garanti verenin yüklendiği tehlikenin kapsamına kaza ve beklenmeyen hallerin de gireceği doktrinde kabul edilmektedir⁸².

Tehlike yahut risk (riziko), ortaya çıkması şüpheli fakat çekinilen ve ekonomik bakımdan zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya beklenilen ve ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır⁸³. Eğer olayın gerçekleşmesi imkânsız ise riskten söz edilemez. Garanti sözleşmesinde risk, ortaya çıkıp-çıkmayacağı şüpheli olan ancak gerçekleştiğinde ekonomik açıdan zararlı sonuçlar doğuracak olayı ifade eder. Eğer olayın gerçekleşmesinin objektif bakımdan imkânsız olduğu durumda rizikodan bahsedilmeyeceği kabul edilmektedir⁸⁴. Garanti sözleşmesinde, garanti veren, meydana gelecek riskin tamamını üstlenebileceği gibi, riskin bir kısmını üstlenmesine de hiçbir engel yoktur⁸⁵. Riskin kısmen üstlenilmesinin açık bir irade beyanına dayanmasına gerek yoktur; duruma göre garanti verenin riski kısmen üstlendiği anlaşılıyorsa yeterlidir. Şüphe halinde, riskin tamamının üstlendiği kabul edilir⁸⁶.

Risk kavramı ve riskin gerçekleşmesi olasılığı garanti sözleşmesinin en önemli unsurlarından bir tanesidir. Garanti sözleşmelerinin bütün çeşitlerinde garanti veren bir riski garanti etmektedir. Tez'in konusunu oluşturan KAG sözleşmelerinde de teminat mektubu veren bankanın, muhataba ödeme yapma riski garanti edilmekte, teminat altına alınmaktadır. Ve yine bu riski garanti etmek için, banka tarafından lehine teminat mektubu verilen gerçek veya tüzel kişiden garanti alınmaktadır.

Her garanti sözleşmesi belirli bir riski garanti etmektedir. Riskin belirli olması veya en azından belirlenebilir olması gerekir. Garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden, genel olarak, -doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği-nden

⁸⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.812.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.; Garanti edilen riskin kapsamına kaza ve beklenmeyen hallerin girip girmediği ilerde anlatılacaktır.

⁸¹ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.9.

⁸² DOĞAN, s. 34.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

⁸³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.684.

⁸⁴ TANDOĞAN, Özel Borç ilişkileri, s.684.;REİSOĞLU, Garanti mukavelesi, s.10.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

⁸⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.811.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.10.

⁸⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.811-812.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.10.

bahsetmek, boyutları belli olmayan(belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesinde bahsettiğimiz riskin belirli olmasıyla bağdaşmaz⁸⁷. Yargıtay 2000 yılındaki bir kararında,⁸⁸ “ *Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan(belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz*” demektedir.

Garanti sözleşmesi ile garanti veren, belirli bir riskin gerçekleşmesi durumunda garanti alanın uğrayacağı zararı bağımsız olarak üstlenmektedir⁸⁹. Garanti veren, garanti sözleşmesi ile ancak kendisinden kaynaklanmayan bir riskin ortaya çıkardığı zararları üstlenebilir. Garanti edilen riskin kaynağı, mutlaka garanti veren dışındaki bir kişi olmalıdır. Eğer garanti edilen riskin kaynağı, garanti verenin kendisi ise, bir garanti sözleşmesinde bulunması zorunlu olan unsurlardan, bağımsız bir sorumluluk üstlenme unsuru eksik demektir. Garanti veren, ancak kendisinden kaynaklanmayan bir zararın karşılanmasını garanti edebilir⁹⁰.

Garanti sözleşmesinde acaba garanti veren, garanti sözleşmesi kurulduktan sonra, garanti edilen riskin sonradan artması durumunda, artan bu riski de üstlenecek midir? Başka bir deyişle, garanti verenin sorumluluğunun kapsamına, garanti edilen riskin sonradan artması dâhil olacak mıdır?

Garanti sözleşmesinde garanti edilen risk, garanti alanın veya fiili garanti edilen üçüncü şahsın kendi davranışı nedeniyle ya da hayatın olağan akışı içinde kendiliğinden artabilir. Bu durumlara göre, garanti verenin artan riskten dolayı sorumlu olup olmayacağı değişecektir⁹¹.

Garanti alan, bizzat kendi gerçekleştireceği bir fiilin getirdiği riskin güvence altına alındığı hallerde, kendi davranışları ile riskin artmasına neden olmamakla yükümlüdür. Bizzat kendi kusurlu davranışı ile riskin artmasına neden olan garanti alan, artan bu riskin garanti verenin sorumluluğu kapsamında olduğu iddia edemez⁹².

⁸⁷ DOĞAN, s.36.

⁸⁸ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.40.’taki 40 nolu dp.’ta ki Yargıtay 19.HD.’nin 18.12.2000 tarih ve 7107/8738 sayılı Kararı.

⁸⁹ YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

⁹⁰ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.137. ; KILIÇOĞLU, s.420 vd.

⁹¹ Tez’in konusunu oluşturan KAG sözleşmesi açısından riskin sonradan artmasından garanti veren tarafın sorumlu olup-olamayacağı ve ileride riskin artması ihtimaline karşı bankanın kendini nasıl garantiye alması gerektiği hususu son bölümde KAG sözleşmesinde risk kavramı adı altında anlatılacaktır.

⁹² REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.12.

Bir üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanan risk için (ki buna en güzel örnek, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi verilebilir) garanti verildiği hallerde, üçüncü kişinin davranışları nedeni ile artan risk, garanti verenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü garanti verenin üstlendiği risk, zaten üçüncü kişinin davranışları nedeni ile ortaya çıkması muhtemel zararın karşılanmasıdır. Üçüncü kişinin davranışı nedeni ile zarar gerçekleşirse, garanti verenin sorumluluğuna belirli ölçüde sınır getirilmesi mümkün olmalıdır. Zira riskin artmasına neden olan olay, fiili garanti edilen üçüncü kişidir. Bu şekilde garanti verenin sorumluluğuna sınır getirilmesi hakkaniyet gereğidir.

Bazen risk, hayatın olağan akışı içinde, kendiliğinden artabilir. Riskin bu şekilde arttığı durumlarda garanti veren artan kısım için de sorumlu olmaya devam edecektir. Risk garanti sözleşmesinin özelliği ve amacı gereği artmışsa, artan kısım için garanti veren sorumlu olmaya devam eder⁹³.

Garanti verenin sorumluluğu, her zaman riskin gerçekleşmesi sonucu, ortaya çıkan zararın parasal karşılığının ödenmesidir. Buna göre, garanti verenin borcu bir miktar paradır⁹⁴.

Garanti sözleşmesinin bir türü olan, teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde, zarar garanti edilen fiilin gerçekleşmemesi nedeni ile ortaya çıkar. Bu durumda zararın parasal karşılığının ödenmesi yerine zarara neden olan fiilin gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir. Garanti edilen fiilin gerçekleştirilebilmesi için akla gelen kişi ise, garanti veren olmaktadır. Garanti verene, zararın parasal karşılığını ödemek dışında bir başka yükümlülük yükleyen bir sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak adlandıramayız. Çünkü bu durumda garanti sözleşmesi ile temeldeki borç ilişkisi arasında bir bağ kurulmuş olur. Bu ise garanti verenin bağımsız bir yükümlülüğü değil, asıl borçlunun yükümlülüğünü üstlenmesi anlamına gelir. Bu durumda garanti sözleşmesi değil de, bağımsız birlikte borç üstlenme söz konusu olacaktır.

Garanti sözleşmesinde, garanti veren bir riskin gerçekleşmesi olasılığını garanti etmektedir. Acaba her durumda, garanti veren, riskin gerçekleşmesi durumundan sorumlu tutulacak mıdır? Başka bir deyişle, kaza ve beklenmeyen haller sonucu ortaya çıkan zararlar, garanti edilen risk kapsamına girer mi? Doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır. Doktrindeki hâkim görüşe göre,⁹⁵ garanti edilen sonuç kaza ve beklenmeyen hallerden dolayı

⁹³ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.12.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.812.

⁹⁴ KILIÇOĞLU, s.420-421.: Yazara göre, “borçlu üçüncü kişi ifada bulunmazsa, onun yerine kendi edimini ortaya koymuşsa, bu takdirde şarta bağlı bir borç ilişkisi söz konusu olabilir”

⁹⁵ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.11.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

ortaya çıkmasa, risk gerçekleşse dahi garanti veren meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Doktrindeki hâkim görüşe katılan TANDOĞAN' a göre,⁹⁶ garanti edilen riskin kapsamına kaza ve beklenmeyen haller de girer. REİSOĞLU' na göre,⁹⁷ garanti verenin kaza ve beklenmeyen hallerden sorumlu olması ancak, garanti sözleşmesine bir hüküm koydurulması halinde mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi temettü garantisi ile ilgili bir kararında, hâkim görüşe katılmaktadır⁹⁸. Doktrinde, garanti edilen riskin kapsamına kaza ve beklenmeyen hallerin girmeyeceği de savunulmaktadır⁹⁹. Bu görüşü savunan yazara göre, “*Bu hallerde garanti verenin mes’uliyetinin devamını kabul etmek hakkaniyete aykırıdır. Garanti veren tehlikeyi üzerine alırken, garanti vakiasının insan iradesinin dışında fevkalade hadiselerle imkansız hale gelmiyeceğini farz etmektedir. Niyeti hiçbir şekilde, kaza ve mücbir sebep halinde de rizikoyu tekeffül etmek değildir.*” Fransız hukukunda da kaza ve beklenmeyen hallerde garanti verenin sorumluluğunun sona ereceği kabul edilmektedir¹⁰⁰. Kanımızca garanti verenin sorumluluğunun kaza ve beklenmeyen hallerde sona ereceğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla garanti edilen riskin kapsamına kaza ve beklenmeyen haller girmemektedir.

2.1.4.5- Bağımsız Bir Yükümlülük Üstlenilmesi

Garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasındaki belirgin fark, garanti sözleşmesinin bağımsızlık niteliğinden gelmektedir¹⁰¹. Garanti sözleşmesine ilişkin yapılan tanımlardan hemen hepsinde ortak olarak kabul edilen unsurlardan biri de garanti verenin bağımsız bir yükümlülük üstlenilmesidir. Garanti verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmesi, garanti verenin borcunun asli bir borç olmasını ifade eder. Yoksa garanti veren soyut bir borç altına girmez¹⁰². Garanti veren belirli veya en azından belirlenebilir ve bağımsız bir

⁹⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.812.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879. Yavuz'da Tandoğan'la aynı görüşü paylaşmaktadır.

⁹⁷ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.12.

⁹⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.812.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.11-12. “*Federal Mahkeme, olayda, davalı bir gaz şirketinin hissedarlarına senelik belirli bir temettü garanti etmiştir. Sonradan Federal hükümetin gaz kullanılmasını sınırlayan bir karar alması üzerine şirket kâr elde edememiş, hissedarlarda garanti verene başvurmuşlardır. Garanti veren hükümetin aldığı bu kararın önceden tahmini mümkün olmayan bir hal teşkil ettiğini, bu yüzden de ödeme ile sorumlu tutulmayacağını iddia etmiştir. Yüksek Mahkemenin kararına göre, ‘burada üçüncü bir şahsın, teşebbüsün kazancı ile ilgili, şarta bağlı olmayan garantisi mevcuttur. Davalının bu garantinin, teşebbüsün normal faaliyet gösterdiği zaman için mevzu bahis olacağı şeklindeki iddiası kabul olunamaz. Üçüncü şahsın garantisi, hissedarların herhangi bir kazanç şartından müstakil olarak anormal zamanlarda dahi temettülerini almaları gayesini güder’*”

⁹⁹ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.11., 24 nolu dp'taki Wavre'nin görüşü.

¹⁰⁰ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.11.

¹⁰¹ KAHYAOĞLU, s.4.; AKMAN, s.1671.

¹⁰² Soyut borç üstlenilmesi Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiştir. BK. m. 17 “*Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir.*”

riski garanti eder. Bu risk gerçekleşirse ve gerçekleştiği ölçüde sorumludur¹⁰³. Bağımsız yükümlülük altına girmek, garanti verenin borcunun asli borç olmasını ifade eder.

Garanti sözleşmesine ilişkin olarak yapılan tanımlarda, bu tanımlar yapılırken, garanti sözleşmesinin ne olmadığından hareketle bu tanımların yapıldığını söylemiştik. Gerçekten de garanti sözleşmesine ilişkin tüm bu tanımlarda bu sözleşmenin fer'i nitelikte olmadığı veya garanti sözleşmesinde garanti verenin yükümlülüğünün asli veya müstakil (bağımsız) olduğu açıkça belirtilmektedir¹⁰⁴.

1866 yılında Rudolf STAMMLER, yayınladığı “Garanti Sözleşmesi” adlı çalışmasında garanti sözleşmesinin bağımsız niteliğini ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Ve bugün garanti sözleşmesi ile ilgili olarak Stammler’in anılmasının sebebi, fer’ilik-aslilik ayırıcı nitelik tespitindeki başarısıdır¹⁰⁵.

Başka bir şeyin hukuki kaderine bağlılığını anlatan fer’iliğin karşısında bağımsızlık kavramı yer alır¹⁰⁶. Fer’ilik ile anlatılmak istenen bir hukuki işlemin varlığının ve geçerliliğinin bir başka hukuki işleme bağlı olmasıdır. Garanti verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmesi, onun bu yükümlülüğünün başka bir borcun (ki garanti sözleşmesinde bu borç temel ilişkiden kaynaklanan bir borçtur) varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı olmaması demektir¹⁰⁷. Burada garanti verenin borcu bağımsız bir borç olmasına rağmen, mücerret (soyut) bir borç ilişkisi söz konusu değildir. Garanti verenin borcu asli (bağımsız) bir borç olup; soyut bir borç değildir. Bunun sonucu olarak, garanti veren, temel borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkânlarını (itiraz ve defî) garanti alana karşı kullanamaz. Ancak, garanti veren, borç mücerret(soyut) olmadığından, kendisine ait savunmaları garanti alana karşı kullanabilir¹⁰⁸.

Garanti sözleşmesinin bağımsızlık unsuru, garanti sözleşmesini fer’i bir yükümlülük içeren kefalet sözleşmesinden ve bazı sözleşmelerdeki fer’i(yan) yükümlülüklerinden ayırt

¹⁰³ Şener AKYOL, Banka Sözleşmeleri (Birsen Armağanı), İstanbul 2001, s.181.

¹⁰⁴ Garanti sözleşmesine ilişkin olarak hem doktrinindeki bir kısım yazarların hem de Yargıtay’ın yaptığı tanımlara ilişkin olarak, bkz. Daha önce Garanti Sözleşmesinin tanımı başlığı altında yer verdiğimiz açıklamalar.

¹⁰⁵ STAMMLER, s.1 vd. (naklen) KAHYAOĞLU, s.4.

¹⁰⁶ YÜCE, s.57.

¹⁰⁷ AKMAN, s.1671.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

¹⁰⁸ AKYOL, s.182 vd.

etmeğe yarar¹⁰⁹. Asli ve bağımsız borç yüklenme garanti sözleşmesinin en belirgin ve en önemli özelliği olup, garanti sözleşmesini şahsi teminatların diğer bir türü olan fer'i nitelikteki kefalet sözleşmesinden ayırmaktadır¹¹⁰. Garanti sözleşmesinde, garanti veren ile garanti alan kişi arasında, üçüncü kişi ile var olan veya ileride var olması düşünülen (burada üçüncü kişi olarak temel borç ilişkisindeki borçlu kastedilir) ilişkiden tamamen bağımsız bir sözleşme ilişkisi meydana gelmektedir¹¹¹.

Garanti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan arasında yapılan ve garanti alanın girişeceği bir işte doğacak tehlikelere karşı¹¹², garanti verenin o işten beklenen sonucu garanti ederek onu, o işe sevk etme temeline dayalı bir sözleşmedir¹¹³. Garanti alanın çekingenliği ve duraksamasının giderilerek, onun amaçlanan işe girişmesi sağlanmaktadır¹¹⁴. Garanti sözleşmesi ile taraflardan biri (garanti veren), bir üçüncü kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu temin ve üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde diğer tarafa (garanti alana) tazminat (bir miktar para) ödemeyi taahhüt etmektedir. Böyle bir teminatı veren, genellikle, üçüncü kişinin eylemine veya başka olaylara bağlı bir teşebbüsten umulan sonucun ortaya çıkmaması tehlikesini üzerine alarak garanti alanı o teşebbüse girmeğe sevk etmektedir¹¹⁵.

2.1.5- Değerlendirme ve Görüşümüz

Yasal düzenlemesi olmayan ve doktrin ve Yargıtay içtihatlarında yapılan tanımlardan hareketle tanımı, özellikleri, unsurları ve hükümleri ortaya konulmaya çalışılan garanti sözleşmesi bugün banka teminat mektupları şeklinde geniş bir uygulamaya sahiptir. Garanti sözleşmesi diğer bir teminat sözleşmesi olan kefalet gibi şahsi bir teminat sözleşmesi olup, teminat amacıyla yapılmaktadır. Garanti sözleşmesine ilişkin yapılan tanımlar sonucu, bu sözleşmenin unsurları olarak, bağımsız bir yükümlülük üstlenmek, bir riski garanti etmek en belirgin unsurlar olarak sıralanabilir. Zira garanti sözleşmesi tanımlanırken, doktrinde ilk önce -Stammler- tarafından yapılan tanımda kullanılan ve garanti sözleşmesine ilişkin sözleşmenin

¹⁰⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.686.; YÜCE, s.56.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.19.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.54.; DOĞAN, s.37.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.27 vd.;YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

¹¹⁰ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.54.

¹¹¹ YÜCE, s.9.

¹¹² Garanti edilen olgunun tehlike kavramı ile değil, risk kavramı ile adlandırılması gerektiği görüşü için bkz. daha önce, s.22 vd. yaptığımız açıklamalar.

¹¹³ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 9.; Sıtkı AKYAZAN, “ Banka Teminat Mektupları”, (Banka Teminat Mektupları), C.V, S.1-4, Ankara: BATİDER, 1969-1970, s.22 vd.

¹¹⁴ ZEVLİLER, s. 39

¹¹⁵ YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

bir unsur olarak kabul edilen, garanti alanın fiili (teşebbüsü veya girişimi), özellikle teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti edilen riskin, garanti alan dışındaki bir üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabileceği gerçeği karşısında, sözleşmenin bir unsur olarak garanti alanın fiili unsuruna yer vermek zorlama bir yorum olur. Zira garanti sözleşmesi ile garanti veren taraf bir riski üstlenmekte, garanti etmektedir. Garanti sözleşmesinde garanti verenin garanti ettiği risk, garanti alan tarafın uğrayacağı muhtemel zararın üstlenilmesidir. Burada garanti veren tarafından üstlenilen muhtemel zarar, garanti alanın fiilinden kaynaklanabileceği gibi, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde olduğu gibi, garanti ilişkisine yabancı, temel borç ilişkisindeki bir üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir. Garanti sözleşmesinde garanti edilen riskin kaynağı olarak, sadece garanti alan tarafın fiilinin sonucu doğabilecek risklerin garanti edildiği şeklindeki yorum zorlama bir yorum olur. Kaldı ki, garanti sözleşmeleri daha çok teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Garanti sözleşmesi tanımlanırken, yer verilen diğer bir unsur, garanti verenin garanti alanı bir fiile sevk etmek amacına yer verilir. Garanti sözleşmesinde önemli olanın, garanti verenin, garanti alanın zararını karşılaması, riski garanti etmesi olduğunu daha önce açıkladık. Buna göre, garanti sözleşmesi bakımından dikkate alınacak ve sözleşmeye yansıyacak irade, riski(rizikoyu) garanti etme iradesidir. Garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alanın uğraması muhtemel zararını üstlenmektedir. Garanti veren garanti sözleşmesinde, garanti alanın parasal zararını karşılama iradesini ortaya koymaktadır¹¹⁶. Garanti veren bir miktar para ödeyeceğini garanti etmektedir. Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, garanti sözleşmesinde, garanti verenin garanti alanı belli bir fiile sevk etme amacının ötesinde, garanti alanın uğrayacağı muhtemel zararların üstlenilmesi, garanti edilmesi, bir riskin üstlenilmesinin amaç olduğu kolaylıkla söylenebilir. Garanti edilen riskin artmasına, garanti alan taraf sebep olduğunda, artık garanti verenin sorumlu olacağını söylemek yanlış olur. Garanti edilen riskin sonradan artması, sözleşmenin özelliği ve amacı gereği ise, garanti veren sorumlu olmaya devam edecektir.

Garanti verenin sorumluluğunun kapsamına kaza ve beklenmeyen hallerin gireceği bu için doktrinde hâkim görüş tarafından savunulmaktadır. Fakat kaza ve beklenmeyen

¹¹⁶ KILIÇOĞLU, s.420-421.

durumlar söz konusu olduğunda hakkaniyet gereği, garanti verenin sorumluluğunun sona ereceği de doktrinde kabul edilmektedir¹¹⁷.

Yine garanti sözleşmesi tanımlanırken, garanti sözleşmesinin ivazsızlık unsuruna yer verilmiştir. Fakat garanti sözleşmesinin unsurları açıklanırken de dile getirildiği gibi, garanti sözleşmesi kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Fakat garanti sözleşmesinin ivazlı yapılmasında da bir engel yoktur. Garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alanın uğrayacağı muhtemel zararı üstlenmektedir. Garanti verenin üstlendiği risk, garanti alanın fiilinden kaynaklanabileceği gibi, garanti alan dışında, bir üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir. Garanti veren bu ilişkide bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. Garanti verenin bağımsız bir yükümlülük altına girmesi, bu sözleşmeyi kefaletten ayıran temel ayırt edici kriterdir¹¹⁸. Bağımsızlık unsuru bu sözleşmenin karakteristik özelliğidir. Garanti sözleşmesinin bağımsız olması, sözleşmenin geçerliliğinin ve devamının temeldeki borç ilişkisine bağlı olmaması anlamına gelir. Yoksa garanti veren soyut bir borç üstlenmemektedir.

Sonuç olarak, garanti sözleşmesi, garanti alanla, garanti veren arasında yapılan, garanti verenin bağımsız bir yükümlülük altına girdiği ve garanti edilen riskin gerçekleştiği durumda, garanti alan tarafın bu riskten doğan zararının parasal karşılık olarak ödenmesinin taahhüt edildiği, kural olarak ivazsız yapılan ve ivazlı olmasında da herhangi bir sakınca görülmeyen hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.

2.2- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

Garanti sözleşmesinin genel olarak iki türünün mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan biri, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi benzeri garanti sözleşmesi, diğeri de yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi veya saf garanti sözleşmesidir¹¹⁹. Bu iki garanti sözleşmesi dışında, taraflar, amaçlarına uygun şekil ve türde garanti sözleşmesi yapabilirler. Garanti sözleşmesinin başta banka teminat mektupları olmak

¹¹⁷ Garanti verenin sorumluluğunun kapsamına kaza ve beklenmeyen hallerin girip-girmeyeceği konusunda savunulan görüşler ile ilgili olarak bkz. daha önce “risk” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

¹¹⁸ KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.72.

¹¹⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.804.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.872 vd.

üzere uygulamada çok çeşitleri vardır. Bu çeşitlerin tamamı anlatılmayacak, doktrinde yapılan ayırımlar dikkate alınarak garanti sözleşmesinin iki türü anlatılacaktır¹²⁰.

Şahsi teminatlardan olan ve kural olarak tek tarafa borç yükleyen garanti sözleşmesi iki şekilde yapılmaktadır. İlki saf garanti olup, bununla, garanti veren garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonucu garanti etmektedir¹²¹. Saf garanti sözleşmesinde, sözleşme garanti veren ile garanti alan arasında yapılmakta olup, teminat amaçlı garanti sözleşmesinden farklı olarak, edimi garanti edilen ve garanti sözleşmesinin dışında bir temel borç ilişkisi söz konusu değildir.

Garanti sözleşmesinin teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ve yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesi şeklindeki ayırımın garanti sözleşmesinde garanti edilen riskin niteliğine göre yapılan bir ayırım olduğu da söylenmektedir¹²².

2.2.1- Saf Garanti sözleşmesi

Garanti sözleşmesinin ilki yöneltmeyi amaçlayan veya saf garanti sözleşmesidir¹²³. Bu sözleşme ile garanti veren garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonucu garanti etmektedir. Bu şekilde yapılan garanti sözleşmesi, bir kimsenin (garanti verenin) başkasını (garanti alanı) belli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir¹²⁴. Garanti sözleşmesinin bu türünde üçlü bir ilişki söz konusu değildir. Sözleşmenin tarafı garanti veren ile garanti alandır. Burada bağımsız bir yükümlülük yükleyen garanti sözleşmesinin haricinde bir temel borç ilişkisi, bir üçüncü kişinin edimini taahhüt söz konusu değildir¹²⁵. Örneğin, “ muayenesini devreden bir hekimin alıcıya bir hastaneye hekim alınmasını garanti etmesi”¹²⁶.

¹²⁰ Ferhat CANBOLAT, Banka Garantisinde Savunma İmkânları Ve İhtiyati Tedbirler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.71.

¹²¹ ARAL, Özel Borç İlişkileri, s. 442.

¹²² KAHYAOĞLU, s.22 vd.

¹²³ Garanti sözleşmesinin bu ilk türü için bundan sonra saf garanti sözleşmesi kavramı kullanılacaktır.

¹²⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.806.

¹²⁵ KAHYAOĞLU, s.23.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.806.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.875 vd.

¹²⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.806.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.876-877.

Garanti sözleşmesinin diğer bir türü olan teminat amaçlı garanti sözleşmesi ile saf garanti sözleşmesi arasındaki en belirgin fark, saf garanti sözleşmesinde garanti alanın da taraf olduğu bir temel borç ilişkisinin bulunmamasıdır¹²⁷.

Saf garanti sözleşmesinin unsurları olarak, bir riskin garanti edilmesi ve bağımsız bir yükümlülüğün üstlenilmesi sayılabilir. Bu sözleşmenin tarafları, garanti veren ve garanti alandır. Bu sözleşmede bir temel borç ilişkisi olmadığından, bir temel borç ilişkisiyle ilişkili bir risk söz konusu olmadığından, teminat amaçlı garanti sözleşmesinden farklı olarak, bir üçüncü kişinin bu ilişkiye taraf olması da doğal olarak söz konusu değildir.

2.2.2- Teminatı Amaçlayan Garanti Sözleşmesi

Garanti sözleşmesinin diğer bir şekli, garanti taahhüdü kendisine taahhütte bulunulana yani garanti alana, üçüncü şahsın edimini talep hakkı veren herhangi bir borç ilişkisine ilişkindir. Söz konusu edim, fiilen borçlanılmış olup olmadığı dikkate alınmaksızın garanti edilmektedir. Verilen bu garanti üçüncü şahsın edimi doğarsa, dava edilebilir olsa veya sona ermiş bile olsa geçerliliğini korur¹²⁸. Bu şekilde yapılan garanti sözleşmelerine kefalet benzeri garanti sözleşmeleri adı verilir¹²⁹. Çünkü burada da garanti alanla üçüncü şahıs arasındaki esas ilişkinin teminat altına alınması amacı ile garanti verilmektedir.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesini, garanti verenin teminat sağlamak amacıyla, temel borç ilişkisindeki alacaklıya karşı, temel borç ilişkisindeki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşme şeklinde tanımlayabiliriz¹³⁰. Burada garanti veren, borçlu olunup-olunmadığına, bakılmaksızın edimin yerine getirilmesinden sorumlu olmayı yükümlenmektedir. Şahsi teminatların bir türü olan ve Borçlar Yasamızda açıkça düzenlenen kefalet sözleşmesinin yanında, böyle bir sözleşmeye ihtiyaç duyulması, kefaletin ferî, garanti verenin yükümlülüğünün asıl borçtan bağımsız, yani asli nitelik taşımasından doğmaktadır.

Teminat amaçlı garanti sözleşmesi, garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel borç ilişkisindeki alacaklıya karşı, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak, borçlunun edimi

¹²⁷ Garanti sözleşmesinin her iki türü arasındaki farklar için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç ilişkileri, s.808 vd.; YAVUZ, Özel Hükümler, 872 vd.

¹²⁸ ARAL, Özel Borç İlişkileri, s.426.; CANBOLAT, s.73.

¹²⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.804; YAVUZ, Özel Hükümler, s.873.

¹³⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.801 vd.; KAHYAOĞLU, s.22.

için sorumlu olmayı yüklediği sözleşmedir¹³¹. Bu ilişkide saf garanti sözleşmesinden farklı olarak üçlü bir ilişki söz konusudur. Saf garanti sözleşmesinde sözleşmenin tarafları, garanti veren ile garanti alan olmasına rağmen, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde garanti veren ve garanti alan dışında, bir üçüncü kişi, teminat altına alınan temel borç ilişkisinin borçlu tarafı da sözleşmenin bir tarafını teşkil etmektedir.

Garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹³². Teminat amaçlı garanti sözleşmesi de kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Fakat garanti sözleşmelerinde olduğu gibi, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde de sözleşmenin diğer tarafının da borç altına girmesinde hiçbir engel yoktur. Başka bir anlatımla, teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, garanti alanın da bir yükümlülük altına girmesi mümkün olup,¹³³ bunu engelleyen herhangi bir durum söz konusu değildir.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti taahhüdü kendisine taahhütte bulunulana, yani garanti alana üçüncü şahsın edimini talep hakkı veren herhangi bir borç ilişkisine ilişkindir. Teminat amaçlı garanti sözleşmesini saf garanti sözleşmesinden ayıran özelliği, garanti alanın da taraf olduğu bir temel borç ilişkisinden kaynaklanan riskleri konu edinmesidir. Bu yönüyle teminat amaçlı garanti sözleşmesi, diğer bir şahsi teminat sözleşmesi olan kefalet ile benzerlik göstermektedir. Zira her iki sözleşmede de teminat sözleşmesi dışında, bir temel borç ilişkisi bulunmaktadır.

Bu çeşit garanti sözleşmesi ile garanti veren, asıl borçlunun kusursuz imkânsızlık sebebiyle sorumluluktan kurtulduğu, asıl borç ilişkisinin borçlunun iptal hakkını kullanarak ortadan kalktığı, hatta asıl borç ilişkisinin hükümsüz olarak doğduğu durumlar da borçlunun edimini yerine getirmemesinden sorumlu olmayı taahhüt edebilmektedir. Örneğin, BK. m. 485 c.3'deki hata ve ehliyetsizlik nedeniyle geçerli olmadığı bilinen borca kefalet gibi kefalet hükümlerinin uygulandığı garanti sözleşmesi halleri, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir¹³⁴.

¹³¹TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.804.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.872.; YÜCE ise “Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi” adlı Doktora tezinde, Üçüncü kişinin Fiilini sözleşmesi ile teminat amaçlı garanti sözleşmesinin aynı kavramı ifade ettiği düşüncesindedir., YÜCE, s. 11 vd.

¹³²ZEVKLİLER, s.39.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 816.; YÜCE, s.72.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.22.

¹³³ Bkz. Daha önce garanti sözleşmesinin unsurları anlatılırken, ivazsızlık başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

¹³⁴ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 872 vd.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber,¹³⁵ asıl borçlunun def'ilerden feragat kaydını taşıdıkları takdirde genellikle bu çeşit garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹³⁶. Banka teminat mektuplarında, açıkça bankanın kefil olduğu ibaresi yer aldığından, bu mektuplar uzun süre tartışmasız kefalet olarak kabul edilmişlerdir¹³⁷. Yargıtay da, 1967 ve 1969¹³⁸ yıllarında verdiği iki İçtihadı Birleştirme Kararında, banka teminat mektuplarının kefalet sayılmayacağı, garanti sözleşmesi oluşturduğu sonucuna varmıştır¹³⁹.

2.2.3- Borçlar Kanunu m. 485/3 Düzenlemesi¹⁴⁰

Borçlar Kanunu m. 485/3 düzenlemesi uyarınca, “ hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bir fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur”. Bu düzenleme ile kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliğine zıt düşen bir durum ortaya çıkmaktadır. Aslında bu durumda gerçekte kefalet sözleşmesi değil, kefalet hükümlerine tabi garanti sözleşmesi bulunmaktadır¹⁴¹. Tarafların kefalet sözleşmesi kurma istekleri bulunmasına rağmen, teminat borcu altına gireni kefalet sözleşmesi mahiyetine aykırı olacak şekilde sorumlu tutmaları halinde, gerçekte kefalet sözleşmesi değil, kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi garanti sözleşmesi mevcut olacaktır. Burada kanun koyucunun amacı, teminat borcu altına gireni korumaktır¹⁴².

Kefilin borcu fer'i iken garanti verenin borcu bağımsızdır. Kefilin aksine, garanti veren, esas borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri süremez. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği nitelikli şekle tabi iken, garanti sözleşmesinde şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Kefil ödemede bulunduğu oranda alacaklının haklarına halef olur iken, garanti veren kanuni bir halefiyet hakkına sahip değildir.

¹³⁵ Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz. Daha önce 1.Bölümde yaptığımız açıklamalar.

¹³⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 805

¹³⁷ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.21.

¹³⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1969/4 Esas, 1969/6 Karar sayılı, 11.06.1969 tarihli kararı için bkz. 9 nolu dp.

¹³⁹ REİSOĞLU, “Teminat Mektupları Uygulaması”, s.1 vd.

¹⁴⁰ “BK. 485/II de düzenlenen haller ilk bakışta fer'iliğin diğer bir kanuni istisnası gibi görünüyorlarsa da, aslında burada kefalet hükümlerine tabi tutulmuş bir garanti sözleşmesi düzenlenmiş bulunmaktadır.” REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.110.

¹⁴¹ Gülçin Elçin GRASSİNGER, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, (Kefilin Savunma İmkanları), İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996., s. 58.

¹⁴² REİSOĞLU, KEFALET, s. 21.

2.2.4- İki Tür Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

Garanti sözleşmesi denildiği zaman sadece bir sözleşme tipinin anlaşılmadığı ve garanti kavramı adı altında garanti sözleşmesinin çeşitli görünüm şekillerinin olabildiği şimdiye kadar anlatıldı. Garanti sözleşmesi kavramı adı altında ise, saf garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı garanti sözleşmesi türlerinin olduğunu söyledik¹⁴³. Bu iki tür garanti sözleşmesini birbirinden ayıran, daha doğrusu teminat amaçlı garanti sözleşmesini, diğer garanti sözleşmesi türünden ayıran temel nokta, garanti veren tarafın üstlendiği riskin konusudur. Garanti verenin üstlendiği risk, bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi riski olarak karşımıza çıkıyorsa, teminat amaçlı bir garanti sözleşmesiyle karşı karşıya bulunduğu söylenebilir¹⁴⁴. Dolayısıyla kefalette olduğu gibi, garanti veren ile garanti alan arasındaki sözleşme ilişkisinin garanti ettiği bir temel borç ilişkisi söz konusu ise orada saf garanti sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayıp, aradaki ilişki teminat amaçlı garanti sözleşmesidir. Şimdi her iki sözleşme arasındaki farklara kısaca bakalım.

a. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde garanti alanla edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi vardır; fakat garanti verenin taahhüdü bu borcun geçerliliğine ve varlığına bağlı değildir¹⁴⁵. Saf garanti sözleşmesinde ise, garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi henüz yoktur; böylece saf garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, edimi garanti edilenin borcundan tamamen bağımsızdır.

b. Teminatı amaçlayan garantide garanti alana teminat sağlama amacı, ön planda gelir, bu yüzden garanti veren edimi garanti edilenden ya da garanti alandan bir komisyon alır¹⁴⁶. Halbuki saf garantide garanti verenin garanti alanı belli davranışa sevk etmekteki yararı ön planda gelir ve garanti veren garantisi için bir komisyon almaz¹⁴⁷.

c. Teminatı amaçlayan garantide de, garanti alanı edimi için teminat verilenle bu edime ilişkin borç doğurucu sözleşme yapmaya yönlendirme amacı vardır; ancak saf

¹⁴³ Teminat amaçlı garanti sözleşmesi doktrinde bazı yazarlarca, “alacağı garanti sözleşmesi” diye adlandırılmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.805. 6 nolu dp’ta yer verilen yabancı yazarlar.

¹⁴⁴ Burak ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, Özellikleri-Kuruluşu-Türleri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Şubat-2008, s.21-22.

¹⁴⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 808

¹⁴⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 808

¹⁴⁷ Garanti sözleşmesinin her iki türü de teminat sağlama amacıyla yapılmaktadır.

garantide her zaman bir üçüncü kişinin edimi temin edilmediği gibi böyle bir durumun varlığı halinde de edimi temin edilen üçüncü kişiler genellikle önceden belli değildir¹⁴⁸.

2.3- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Garanti sözleşmesi bu gün için yasalarımızda yasal düzenlemesi olmayan, şahsi teminat sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi garanti alan ile garanti veren arasında yapılan ve kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda Türk ve İsviçre Hukukunda baskın olan görüş, BK. m. 110'da başkasının fiilini taahhüt altında düzenlenmiş olan müessesenin garanti sözleşmesi olduğu yönündedir¹⁴⁹.

Hukukumuzda sözleşmeler daha çok Borçlar Kanunumuzun akdin muhtelif neveleri başlıklı ikinci kısmında düzenlenmiştir. Fakat inceleme konumuz açısından garanti sözleşmesi ne Borçlar Kanunu'nda ve ne de mevzuattaki başka bir kanunda düzenlenmiş değildir. Ancak doktrinde garanti sözleşmesinin BK. m. 110'da¹⁵⁰ düzenlenen başkasının fiilini taahhüt'ten başka bir nitelik taşımayan bir hukuki müessese olduğu fikri genellikle kabul edilmektedir. Bundan başka Türk Ticaret Kanunu m. 465 f. 1'de¹⁵¹ “garanti taahhütleri” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrindeki bir başka görüş, garanti sözleşmesin kanunda düzenlenmemiş kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerden olduğu görüşüdür¹⁵².

¹⁴⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 809

¹⁴⁹ TANDOĞAN, Garanti Mukavelesi, s.3. 5 nolu dp'ta atıf yapılan yazarlar.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.871.; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.71. 13 nolu dp: “...garanti sözleşmesinin kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak adlandırılan türünün BK.m.110 kapsamında ele alınması gerektiği...”; Garanti sözleşmesinin BK. m.110'da düzenlenen Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt müessesesi ile olan ilişkisi bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹⁵⁰ BK. m. 110 “Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.”

¹⁵¹ TTK. m. 465/I “Kefaletten ve garanti taahhütlerinden doğan mükellefiyetler ve üçüncü şahıs lehine tesis olunan rehinler, bilançoda veya ilavesinde birer kalem olarak ayrı ayrı gösterilir.”

¹⁵² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, 849.

2.4- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT İLE GARANTİ SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Borçlar Kanununda “Borçların Üçüncü Şahıs Hakkındaki Tesiri” başlığı altında yer alan üçüncü fasılda borçlunun kendi edimini değil, başkasının edimini taahhüt etmesi şeklinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlenmiştir¹⁵³.

Bir borç ilişkisinde kural olarak, borçlu kendi fiilini ortaya koyar; yani kendi fiilini taahhüt eder. Hiç kimse temsil ilişkisi dışında bir sözleşme ile üçüncü bir kişiyi borç altına sokamaz¹⁵⁴. Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereği, borç ilişkisi kimler arasında kurulmuşsa, bunlar açısından hak ve borç doğurur. Kural olan budur. Fakat bu kural mutlak olmayıp, bir borç ilişkisinde alacaklının kendi fiilini değil, başkasının fiilini alacaklıya taahhüt etmesi de mümkündür. Bu durumda yine ilişkinin tarafları borçlu ve alacaklıdır. Zira burada da taahhüt eden bir başkasını borç altına sokmamakta, sadece üçüncü kişinin belirli bir fiilde bulunacağı hususunda bir garanti vermekte ve bu suretle kendisi borç altına girmektedir¹⁵⁵. Ancak, bu ilişkide borçlu (garanti veren), alacaklıya kendi fiilini değil, başkasının fiilini taahhüt etmiştir¹⁵⁶.

Borçlar Kanunumuzda yukarıda anılan husus, açık ifadelerle dile getirilmiştir. m.110’da “ *Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.*

¹⁵³ Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. Kemaleddin BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri-Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967, s. 157 vd.; YÜCE’ nin bu konudaki Doktora Tezine.; Üçüncü Kişinin Fiilini taahhüt müessesesi, Roma Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Hukukunda da konu edinmiştir., Nisim FRANKO, “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’ e armağan, C. I, İstanbul: Beta, 2001, s.567., Yazar: “BK. nun 110.maddesi, 8 Temmuz 1981 tarih ve 2486 sayılı kanunla, 2.fıkra ilave edilene kadar, mehz İsviçre Borçlar Kanununun 111. maddesi gibi, yalnız tek ve aynı mealde bir maddeden ibaretti. Borçlar Kanunumuz 110 uncu maddesine ilave olunan fıkra İsviçre Borçlar Kanununda mevcut değildir

Üçüncü Şahsın fiilini taahhüt müessesesi, Roma Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Hukukunda da mevzubahis edilmiştir.”; EREN, s.1107. Yazar Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ile ilgili olarak “ *Üçüncü Kişinin Edimini taahhüt, niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bu sözleşmede taahhüt eden, taahhüt edilene(sözleşmenin diğer tarafına) üçüncü bir kişinin bir edimde bulunacağını, üçüncü kişi böyle bir edimi yerine getirmediği takdirde bundan doğan zararı kendisinin tazmin edeceğini taahhüt eder.*” Diyerek Bk.m.110’da düzenlenen Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde YÜCE de Doktora Tez’inin İsmi “Garanti Sözleşmesinin bir türü olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi” olarak koyarak, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün bir sözleşme olduğunu savunmaktadır.; BK. m.110’daki düzenleme anlatılırken –Edim- yerine –fiil- kavramı kullanılacaktır.

¹⁵⁴ EREN, s.1107.

¹⁵⁵ EREN, s.1107.

¹⁵⁶ KILIÇOĞLU, s.419.

Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.”

Borçlar Kanununun 110.maddesinin okunuşundan da anlaşılacağı gibi, burada üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kimse, taahhütte bulunduğu kimseye, bir garanti vermektedir¹⁵⁷. Buna göre, üçüncü kişi fiilini yerine getirmediği takdirde, taahhüt eden bundan doğan zararı ödemeyi üstlenir. Dolayısıyla üçüncü kişinin fiilini taahhütte, borçlu (garanti veren) garanti edilen fiilin, başkası tarafından yerine getirileceğini, bunun gerçekleşmemesi halinde, alacaklının (garanti alanın) bu yüzden uğrayacağı zararı tazmin etmeyi üstüne alır.

Borçlar Kanunumuzda bir borç ilişkisinde borçlunun kendi fiilini değil, başkasının fiilini taahhüt olanağını tanımasının temelinde, sözleşme özgürlüğü ve borç ilişkilerinde taraflara daha geniş bir serbesti, geniş bir hareket alanı yaratma düşüncesi yatmaktadır¹⁵⁸.

Borçlar Kanunu m.110’da düzenlenmiş olan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği konusunda oldukça farklı tartışmalar söz konusu olup, hala kesin bir görüşe varılabilmiş değildir¹⁵⁹. BK. m.110’da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği konusunda farklı görüşlerin olmasında ve tartışmanın başlangıcında, yasal düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesinin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilişkilendirilmesidir¹⁶⁰. Üçüncü kişinin fiilinin taahhüdün hukuki niteliği konusunda İsviçre-Türk doktrininde başlıca üç görüş bulunmaktadır. Bunlara kısaca bakılırsa, bu görüşlerden ilki, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin aynı olduğu, birbiriyle örtüştüğü görüşüdür¹⁶¹. Bu konudaki ikinci görüş, BK. m.110’un garanti sözleşmesini düzenlediğini kabul etmekle birlikte, garanti sözleşmesinin tüm çeşitlerini değil de, sadece teminatı amaçlayan veya kefalet benzeri garanti sözleşmesini düzenlediğini kabul etmektedir.¹⁶² Bu konudaki üçüncü ve son görüş ise, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün genel bir hüküm

¹⁵⁷ TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.304.

¹⁵⁸ KILIÇOĞLU, s.419.

¹⁵⁹ YÜCE, s.5.

¹⁶⁰ YÜCE, s.5.

¹⁶¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.847.; FRANKO, s.575.

¹⁶² EREN, s. 1107-1108.; TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 304 vd.; FEYZİOĞLU, C.II., s. 236.

olduğunu, kanunda düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesinin bu maddeye dayanmakla birlikte maddenin amacının garanti sözleşmesini düzenlemek olmadığıdır¹⁶³.

Garanti sözleşmesi, BK. m.110 yani başkasının fiilini taahhüt çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak başkasının fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin ortak alanı mevcut olsa bile başkasının fiilini taahhüt niteliği olmayan garanti sözleşmeleri olabildiği gibi, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan başkasının fiilinin taahhüt durumları da olabilir¹⁶⁴.

Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün hukuki niteliği ile ilgili doktrindeki tartışma ile ilgili olarak, Yargıtay, banka teminat mektuplarının BK. m.110'da sözü geçen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğuna ilişkin verdiği iki İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁶⁵ ile doktrindeki görüşlerden, ikincisini tercih ettiğini göstermektedir. Gerçekten, Yargıtay, “*BK. m. 110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi*” ifadesinden, Yargıtay'ın garanti sözleşmeni genel bir kavram, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü ise onun özel bir türü olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır¹⁶⁶. Bu görüşler dışında, doktrinde YÜCE, BK. m.110'daki düzenlemenin, artık başlı başına bir sözleşmeyi düzenler hale geldiğini savunmaktadır¹⁶⁷.

¹⁶³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.849 vd.; Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği ile ilgili olarak bu üç görüş dışında, Ferit H. SAYMEN/Halid K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1958,s.316, Yazarlara göre, “... *gayrın fiilini taahhüdü dar manada garanti mukavelesinin bir nev'i olarak tavsif etmektedirler...*”; FRANKO, s.576., Yazara göre, Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesinin bir çeşidi olarak kabulü isabetli olacaktır. Zira Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin, mahiyeti incelendiğinde, bu husus açıkça anlaşılabilir. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunan, diğer tarafa karşı, üçüncü kişinin belirli bir davranışta bulunacağını ifade etmekte ve bunu taahhüt etmektedir. Üçüncü kişinin davranışı, beklendiği şekil de gerçekleşmediği takdirde, fiili taahhüt edenin sorumluluğu söz konusu olur. Taahhütte bulunanın bu durumu, belirli ve somut bir hukuki durumda garanti verdiğinin bariz şeklidir. Yazar, Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü bir sözleşme olarak kabul ediyor. Ve Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir çeşidi olduğu görüşündedir.

¹⁶⁴ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 872.

¹⁶⁵ Yargıtay'ın 1969 tarihli İBK. için bkz. 1.Bölüm 9 nolu dp.

¹⁶⁶ Yargıtay, 11.HD, 27.11.1979 TARİH, 1979/5075E. Ve 1979/5456K. Sayılı kararında “*Borçlar yasasının 110.maddesindeki başkasının fiilini taahhüde ilişkin hükmün garanti sözleşmelerini düzenlemek için vazedilmediği, başkasının fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir türü olduğu ancak Borçlar yasasında garanti sözleşmelerine ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı cihetle aynı yasanın 110.maddesindeki başkasının fiilini taahhüt hükmüne dayanılarak garanti sözleşmeleriyle ilgili uyumsuzlukların hâlli cihetine gidilmesinin uygun olacağı görüşü yanında (Tandoğan, age.s.44- S.Tekinay, age, s.179- Reisoğlu, age,s.44) çoğunluk, başkasının fiilini taahhüt adı altında düzenlenmiş olan müessesenin garanti sözleşmesinden başka bir şey olmadığı görüşündedir.(Tandoğan, age,s.44- E.Arsebük, Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, 1937, s.502- Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 1971, s.366). Hangi görüş benimsenirse benimsensin, başka bir hüküm bulunmadığından Türk uygulaması bakımından BK.'nın 110. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükmün, garanti mukavelesi esaslarına göre uygulanması ve yorumlanması gerekmektedir. Tandoğan, age, s.48- Reisoğlu, age, s. 48)” bkz. YÜCE, s.10. 'daki 30 nolu dp.*

¹⁶⁷ YÜCE, s.18., Yazar, “Garanti Sözleşmesinin bir türü olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi” başlıklı doktora tezinde Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliği konusunda doktrin ve Yargıtay

2.4.1- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Genel Hüküm Niteliğinde Olduğu Görüşü

Borçlar Kanununun 110. maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bir sözleşme tipini düzenlemediğini, aksine genel hüküm niteliğinde olduğu şeklinde bir görüş doktrinde savunulmaktadır¹⁶⁸. TANDOĞAN' a göre: BK. m.110'un garanti sözleşmesinin unsurlarını içerdiği ve bu sözleşmeyi düzenlediği düşüncesine katılmadığını dile getiriyor. Yazara göre, BK. m.110'un kökeni, onu garanti sözleşmesini düzenlemek amacıyla konulmadığını göstermektedir. BK. m.110'un garanti sözleşmesini düzenlemeyi hedef tutmadığının diğer bir delili de, her garanti sözleşmesinin değil, ancak bazı garanti sözleşmelerinin başkasının fiilini taahhütle aynı unsurları içermesidir. Başkasının fiilini taahhüdün unsurları garanti sözleşmesinden farklı sözleşmelerde de bulunabilir. Yine BK. m.110 göz önünde tutularak yapılan garanti sözleşmesi tanımları yanlıştır; Çünkü garanti sözleşmesi, fiili taahhüt edilen üçüncü kişiyi değil, garanti alanı belli bir davranışa, bir teşebbüse yöneltmek için yapılır diyerek, yukarıda açıklanan gerekçelerden anlaşılacağı gibi, BK. m.110, kökeni bakımından, garanti sözleşmesini düzenlemek için konulmuş bir hüküm olmadığı gibi bu hükmün unsurları ve alanı garanti sözleşmesinin unsurlarına ve alanına tamamiyle uymamaktadır. Böylece garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerdendir¹⁶⁹.

2.4.2- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ile Garanti Sözleşmesinin Aynı Olduğu Görüşü

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin ilişkisi açıklanırken savunulan bir diğer görüş, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin birbiri ile aynı olduğu görüşüdür. Bu görüş bugün İsviçre Hukukunda da savunulan bir görüştür¹⁷⁰. Bu görüşü savunan yazarlara göre, BK. m.110 garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını içermektedir. Garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt iki farklı hukuki kurum olmasına rağmen, birbirleriyle çakışmaktadır.

kararlarında savunulan görüşlere ve bu görüşlerin eleştirisine değindikten ve bu müessesenin garanti sözleşmesi ile olan ilişkisini açıkladıktan sonra kendi görüşünü şu cümlelerle ifade etmektedir: “ Yukarıda açıklanan nedenlerle, bizim görüşümüz de, BK.110'un tarihsel amacından bağımsız olarak, günümüzde artık teminat sözleşmesi olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden başka bir anlamı olmadığıdır. Buna bağlı olarak kurum, günümüzdeki uygulamasının yaygın olması sonucunda Borçlar Kanunu'nun özel kısmında ayrıca yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır.”

¹⁶⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.849 vd.

¹⁶⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.849-852.

¹⁷⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.847. 158 nolu dp'ta atıf yapılan yazarlar.; YÜCE, s.8.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, üçüncü kişinin fiilini taahhütte garanti sözleşmesinde olduğu gibi başkasının fiiline bağlı bir riski üstlenme söz konusudur. Yine başkasının fiilini taahhüt edenin borcu fer'i olmayan bir nitelik taşır. Taahhüt edenin borcu bağımsız bir borçtur. Üçüncü kişinin söz konusu fiili yapmak konusunda, bir borcun mevcut ve geçerli olması gerekli değildir. Taahhütte bulunanın borcu, fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin borcunun geçerli olmasına bağlı değildir.

Bu görüşü savunan yazarlar, BK. m.110'daki yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesine, BK.' nun genel hükümleri arasında yer verilmesini eleştirmektedirler; bu yazarlara göre, BK. m.110'daki düzenlemenin gerçek yeri, BK.' nun özel sözleşme tiplerini düzenleyen ikinci kısmı arasında yer alması gerektiğidir¹⁷¹.

2.4.3- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olduğu Görüşü

Doktrinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasındaki ilişki açıklanırken, savunulan ve Yargıtay'ın da kabul ettiği görüş, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu şeklindeki görüştür¹⁷². Bu görüşteki yazarlara göre, BK. m.110'daki düzenleme garanti sözleşmesini düzenlemekle birlikte, garanti sözleşmesinin tümünü kapsayacak nitelikte değildir. Madde garanti sözleşmesinin sadece bir türünü düzenlemektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, garanti sözleşmesi üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin bir üst başlığını ifade etmektedir. Garanti sözleşmesinin iki türü olduğu savunulmakta ve BK. m. 110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüdün, sadece teminat amaçlı garanti sözleşmesini düzenlediğini kabul etmektedirler. Burada üçüncü kişinin fiiline dayalı bir taahhüt söz konusudur. Bu görüşü savunan yazarlarda, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin aynı olduğu görüşünü savunan yazarlar gibi, BK. m.110'daki düzenlemenin özel bir akit tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bunun dışında bu görüşü savun yazarların diğer görüşten farklı olarak, garanti sözleşmesinin diğer bir türü olan saf garanti sözleşmesi için ayrı bir düzenlemenin yapılmasına da ihtiyaç vardır.

¹⁷¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.848-849.; YÜCE, s.8-9.

¹⁷² EREN, s. 1107-1108.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 304 vd.; FEYZİOĞLU, C.II., s. 236; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s.800-801, Yazar, Garanti sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmediği için BK. m.110, üçüncü kişinin fiilini taahhüt dışındaki garanti sözleşmelerine de kıyasen uygulanır.; FRANKO, s.577'deki 58 ve 59 nolu dp., Yazar 59 dp'ta TANDOĞAN' a atıfta bulunarak, TANDOĞAN' ın Federal Mahkeme ve Yargıtay'ın garanti sözleşmesine, başkasının fiilini taahhüt hakkındaki BK.110. maddesinin tatbik edildiği belirtilmiş olmasına rağmen, bunun garanti sözleşmesinin tanzimi için değil fakat bir üçüncü kişinin fiilini geçerli şekilde taahhüt etmenin olduğunu belirtmek için konulduğunu iddia ettiğini belirtmektedir.

2.4.4- Değerlendirme ve Görüşümüz

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasındaki ilişkiye ilişkin olarak doktrinde birbirinden farklı görüşler olduğunu gördük. Bu durum yaygın bir uygulaması bulunan ve yasal düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesinin BK. m.110 ile açıklanmaya çalışılması sonucu olmuştur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütle garanti sözleşmesi aynı olmasa da, arada büyük benzerlikler bulunmaktadır. Hem garanti sözleşmesi hem de üçüncü kişinin fiilini taahhüt teminat amacıyla yapılmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi, garanti sözleşmesi de kural olarak tek tarafa borç yüklemekte olup, fer'i nitelikte olmayan birer borç özelliği taşımaktadırlar. Bunun dışında üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhüt edenin taahhüt konusu olayın gerçekleşmesine yönelik, aynı şekilde garanti sözleşmesinde, garanti verenin, garanti konusu olayın gerçekleşmesi konusunda bir etkisi bulunmamaktadır¹⁷³.

Doktrindeki ilk görüşe bazı noktalardan katılmakla birlikte, bu görüşü savunmadığımızı ortaya koymak gerekir. Zira BK. m.110'daki düzenlemenin bir sözleşmenin ve dolayısıyla garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını düzenlemediğinin kabulü isabetlidir. Zira garanti sözleşmesine ilişkin doktrindeki tanımlar, garanti sözleşmesinin çeşitleri ve garanti sözleşmesinin unsurları irdelenirken görüldüğü gibi, garanti sözleşmesi anlatılırken, yasal düzenlemesi olmadığı için hep benzer kurumlarla benzerlik ve farklılıklardan yola çıkılarak sözleşme anlatılmaya çalışılmaktadır. Hâlbuki sözleşmenin yasal düzenlemesi olsaydı, sözleşmenin hem tanımı hem özellikleri hem de unsurlarının neler olduğu noktasında doktrindeki farklılıklar sona erecektir. Böyle bir düzenleme, başta banka teminat mektupları olmak üzere geniş bir uygulamaya sahip olan garanti sözleşmesi için bir zorunluluktur. Diğer noktalardan bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, maddenin yeri, madde düzenlemesi hakkında fikir sahibi olmayı sağlasa da, kanun sistematığı içindeki yeri, bir kurum hakkında her zaman bizi doğru sonuca ulaştırmayabilir. Örneğin, bir sözleşme niteliği taşımasına rağmen, alacağın temliki, borcun nakli BK.' da genel hükümler içerisinde düzenlenmiştir. Buna rağmen, bir sözleşme niteliğinde olmayan havale, vekâletsiz iş görme özel sözleşme

¹⁷³ CANBOLAT, s.101 vd.; Aralarındaki bu yakınlık nedeniyle, Mahkemelerde hüküm verilirken ve hukuki nitelendirme yapılırken bir kanun maddesine dayanma eğiliminin bulunduğu göz önüne alınarak, garanti sözleşmesi BK.'nın özel sözleşme tipleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenene kadar, üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin BK. m. 110 hükmünün garanti sözleşmesine kıyasen uygulanması gerektiği doktrinde savunulmaktadır. ; Üçüncü Kişinin fiilini taahhüde ilişkin BK. m. 110 hükmünün, garanti sözleşmelerine de uygulanacağını kabul edilmesi, bu sözleşmenin kanunda özel olarak düzenlenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Garanti sözleşmesine ilişkin hususların, özellikle de tanımı, hükümleri, garantinin içeriği, garanti verenle, borçlu ve garanti alan arasındaki ilişkiler ve garanti sorumluluğuna ilişkin konuların kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.852 vd.

türlerinin düzenlendiği ikinci bölümde yer almaktadır¹⁷⁴. Sadece üçüncü bir kişiyi sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla yapılan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesini ifade ettiği savunulmaktadır. Fakat garanti sözleşmesinin unsurları anlatılırken de açıklandığı üzere, üçüncü bir kişiyi akit yapmaya sevk etmek gibi bir amaç garanti sözleşmesinde söz konusu değildir. Yine bu görüşte olanların savunduğu ve üçüncü kişinin fiilini taahhüdün tarihsel olarak konuluş amacının, garanti sözleşmesini düzenlemek olduğu şeklindeki sebebi de kabul etmek mümkün değildir. Zira kanunların yürürlüğe girdiği tarihteki amaçları, zaman içinde değişebilmektedir¹⁷⁵.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin aynı olduğunu savunan görüşe de, garanti sözleşmesinin sadece başkasına bağlı bir riskin üstlenilmesi şeklinde ortaya çıkmadığı için katılmak mümkün değildir. Zira garanti edilen risk her zaman başkasının fiiline bağlı olarak gerçekleşmeme durumu söz konusu değildir. Garanti edilen riskin meydana gelmesi, başkasının fiiline bağlı olarak ortaya çıkabileceği gibi, garanti alanın fiiline bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Bunun dışında, garanti verenin üstlendiği riskin feri olmaması ve bu kuruma özel hükümler içerisinde yer verilmesi gerektiği şeklindeki kısma katılıyoruz.

Doktrindeki diğer bir görüş olan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir türü olduğu şeklindeki görüşü de savunmak mümkün değildir. Şöyle ki, her ne kadar, garanti sözleşmesinin sadece tek bir türden ibaret olmadığı, garanti sözleşmesi denildiği zaman birden fazla sözleşmenin anlaşıldığı, bunlardan birinin de üçüncü kişinin fiilini taahhüt olduğu savunulabilirse de, BK. m.110 düzenlemesinin bir sözleşmenin tüm unsurlarını içermemesi sebebiyle savunulması mümkün değildir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasındaki münasebet, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde birden fazla görüşün olması, garanti sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin uygulama da çok sık karşılaşılan örneği olan banka teminat mektuplarına ilişkin olarak yasal düzenlemenin olmaması ve bu her iki kurumun BK. m. 110'da yer alan tek maddelik bir düzenleme ile açıklanmaya

¹⁷⁴ YÜCE, s.11.

¹⁷⁵ YÜCE, s. 12'deki 34 nolu dp. Yazar buna ilişkin örnek olarak, Eski MK. m. 652/son düzenlemesini örnek olarak vermiştir. Buna göre, *“Bir evin muhtelif katları, üst hakkı teşkiline mevzu olmaz.”*. Düzenlemenin getiriliş amacı, katlar üzerinde bağımsız mülkiyet hakkı tesisine engel olmaktı. Daha sonradan ihtiyaçlara bağlı olarak kat mülkiyeti düzenlemesinin yapılmasıyla, madde metni başka bir anlam kazanmış; artık bağımsız bölümlerde üst hakkı kurulmasına ilişkin yasak getiren bir hüküm niteliğine bürünmüştür. Zaten yeni TMK.m.726 ile metin, düzenlemenin amacına ve yeni anlamına uygun olarak, *“ Bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz ”* şeklini almıştır.

çalışılması¹⁷⁶ birlikte değerlendirildiğinde, konuyla ilgili olarak yasal bir düzenlemenin getirilmesinin gerekeceği açıkça anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili yapılacak düzenlemenin kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, BK.' muzun ikinci kısmında teminat sözleşmesi adı altında düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde uygulaması yaygın olan bir konuda gerek doktrin gerekse de Yargıtay içtihatlarında yer alan kargaşaya da son verilmiş olacaktır.

2.5- GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

Garanti sözleşmesi bu gün için yasal düzenlemesi olmayan, sözleşmenin kurulması, unsurları ve sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri yasalarda düzenlenmemiş, şahsi teminat sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi çeşitli görünüm şekli olmasına rağmen, genelde kabul edildiği üzere iki türdür. Bunlar teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ve saf garanti sözleşmesidir¹⁷⁷. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve alacaklının uğrayacağı zararı üstlenmeyi amaç edindiğinden benzerlik göstermektedirler. Bu bakımdan her iki sözleşme aynı işlevi görür. Her iki sözleşmede asıl borç ilişkisinden kaynaklanan riski teminat altına alır. Fakat her ikisi de şahsi teminat sözleşmeleri olan bu sözleşmeler, aradaki benzerliğe rağmen, birbirinden tamamen farklı sözleşmelerdir. Bunun dışında BK. m.110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasındaki ilişki, benzerlik ve farklılıklar bir önceki başlık altında incelendiği için tekrardan bu konuya değinilmeyecektir. Aynı şekilde birlikte borç üstlenme ile garanti sözleşmesi arasındaki farklar da anlatılacaktır. Bunun dışında garanti sözleşmesinin başta vekâlet sözleşmesinden, aval'den, itibar emrinden, sigortadan, ödünç vermeden, şarta bağlı bağışlamadan, şarta bağlı ifadan, cezai şarttan ve son olarak kumar ve bahisten olan farklılıklarına¹⁷⁸ tez'de amaçlananın ötesine geçileceğinden değinilmeyecektir. Garanti sözleşmesinin benzer kurumlardan farkları önemine binaen kefalet ve birlikte borç üstlenmeden olan farklılıkları anlatılacaktır.

¹⁷⁶ Garanti sözleşmesi ve banka teminat mektupları ile ilgili olarak yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, doktrinde konuya ilişkin çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Yine garanti sözleşmesi ile ilgili olarak Yargıtay içtihatlarında çok sayıda karar bulunmaktadır.

¹⁷⁷ Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi için, kefalet benzeri garanti sözleşmesi tabiri de kullanılmaktadır. Fakat biz tez'de teminat amaçlı garanti sözleşmesi tabirini kullanacağız. Yine aynı şekilde saf garanti sözleşmesi tabiri için, yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi tabiri de kullanılmaktadır. Fakat biz saf garanti sözleşmesi tabirini kullanacağız.; Saf garanti sözleşmelerine, yöneltmeyi amaçlayan garantiler de denmesi, BARLAS tarafından doğru bulunmamaktadır. Belirli hareket tarzına yöneltmeyi amaçlama, her türlü garanti sözleşmesinde karşılaşılan bir özelliktir. Kefalet Benzeri garanti sözleşmelerinde de, garanti alan, belirli bir kimse ile borç ilişkisi kurmak şeklinde bir hareket tarzına yöneltilmek istenir. Bkz. Nami BARLAS, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", (Kişisel Teminat), Makalelerim, C.I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s.152-153.

¹⁷⁸ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.115-137.

2.5.1- Birlikte Borç Üstlenme İle Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

İki hukuki ilişkiyi birbirinden ayırt etmeye yardımcı olacak kriterleri belirlemek için öncelikle, “birlikte borç üstlenme” kurumu hakkında fikir sahibi olmayı gerektirmektedir. Birlikte borç üstlenme¹⁷⁹ gerek İsviçre/Türk Borçlar Kanunu gerekse Alman Medeni Kanununda bağımsız olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte,¹⁸⁰ adı geçen hukuk sistemlerinde kabul edilmiş bir kurumdur¹⁸¹. Tüm âtipik sözleşme ve hukuki muamelelerde olduğu gibi dayanağı sözleşme serbestisi prensibidir.

Birlikte borç üstlenmeyi, karıştırılmaya fazlaca müsait bulunduğu müteselsil borçluluktan ayırt eden temel farkı belirlemek, kavramın netleşmesinde hayati önem arz eder. Birlikte borç üstlenme, bir ya da birkaç kişi tarafından taahhüt edilmiş mevcut bir borcun, daha sonra başka kişi ya da kişilerce asli olarak taahhüt edilmesidir¹⁸². İradi müteselsil borçlulukta alacaklı ile borçlular arasında daha borç doğurucu muamele yapılırken, birden çok borçlunun müteselsilen sorumlu olacağına dair bir anlaşma mevcuttur. Kanuni müteselsil borçlulukta ise, yasa belirli hallerde, bir borçtan birden fazla kişinin müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır: Miras şirketinde mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğunda olduğu gibi¹⁸³. Gerek iradi gerekse kanuni müteselsil borçlulukta; borçlular arasındaki teselsül ile müteselsilen sorumlu olunacak borç birlikte doğar. İşte birlikte borç üstlenme, doğumu noktasında müteselsil borçluluktan ayrılır. Zira birlikte borç üstlenme taahhüdünün geçerli olarak doğabilmesi, yine geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır¹⁸⁴. Bu aşamadan sonra borcu üstlenen kişi, asıl borçlunun yanında asli bir borçlu olmuştur ve borçtan müteselsil olarak sorumludur. Özetlersek birlikte borç üstlenme doğumu bakımından fer’i’, devamı bakımından bağımsızdır. Birlikte borç üstlenme, müteselsil borçluluğa vücut veren bir hukuki muameledir¹⁸⁵. Onu borcun naklinden ayıran ise, borcun üstlenilmesi ile ilk borçlunun borcunun ortadan kalkmamasıdır. Borcun naklinde borcun üstlenilmesi ile ilk borçlunun borcu sona ermektedir.

¹⁷⁹ Kurum “borca katılma” ya da “birlikte borç yüklenme” şeklinde de tabir edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.835-838. ARAL, Özel Borç İlişkileri, s.443.

¹⁸⁰ Tasarı’da sözleşmeye katılma başlığı altında getirilen düzenleme, birlikte borç üstlenmeyi kapsayıcı nitelikte değildir. Borca katılacak kişinin, bu hususta alacaklıyla anlaşması yeterlidir. Oysa tasarı da ki düzenleme, sözleşmeye katılma için; katılan ile *tarafklar* arasında yapılacak bir anlaşmayı aramaktadır. Bkz. YAVUZ, Tasarı, s.133 vd.

¹⁸¹ İsviçre Federal mahkemesi “Bir borcu fer’i olarak tekeffül etmek mümkün olduğu gibi, başkasının borcunu doğrudan doğruya asli bir taahhütle yüklenmek de mümkündür” diyerek birlikte borç üstlenmenin geçerli bir hukuki muamele olduğunu belirtmiştir. Bkz. Turgut AKINTÜRK, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s.74.

¹⁸² Alman Yüksek Mahkemesi’nin tanımı için bkz. AKINTÜRK, s.74.

¹⁸³ Kanundan doğan bir borcun sonradan üstlenilmesinin de mümkün olduğunu unutmamak gerekir.

¹⁸⁴ REİSOĞLU, KEFALET, s.67.

¹⁸⁵ AKINTÜRK, s.75.

Birlikte borç üstlenmede mevcut bir borcu eski borçlunun yanında yeni bir borçluda üzerine almaktadır. Böylece hem eski hem de yeni borçlu arasında müteselsil borçluluk ilişkisi hâsıl olur. Fakat burada birlikte borç üstlenenin borcu doğumu bakımından fer'i niteliktedir. Oysa garanti sözleşmesinde, garanti verenin borcu hem doğumu hem de devamı bakımından, lehine garanti verilenin borcundan bağımsızdır¹⁸⁶. Hatta garanti sözleşmesinde lehine garanti verilen şahsın borçlu olmasına dahi gerek yoktur¹⁸⁷. Özellikle saf garanti sözleşmelerinde durum böyledir. Lehine garanti verilenin kimsenin mevcut bir borcu bulunsa dahi, yani ortada teminat amaçlı bir garanti sözleşmesi bulunduğu durumda garanti verenin borcu doğumu bakımından fer'i olmasına rağmen ve devamı bakımından lehine garanti verilenin borcundan bağımsızdır. Asıl borç geçerli olmasa dahi garanti verenin borcu geçerli olarak doğar.

Birlikte borç üstlenmede, sonradan borca katılan kişinin sorumluluğu müteselsildir. Başka bir deyişle aynen ifa ile yükümlüdür¹⁸⁸. Oysa garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu her zaman para borcu, özünde ise tazmin borcudur¹⁸⁹. Garanti veren, risk gerçekleştiğinde, bu riskin gerçekleşmesine bağlı olarak, garanti alanın uğrayacağı muhtemel zararları üstlenir. Garanti verenin borcu uğranılan zararın tazmini şeklinde ortaya çıkar.

Birlikte borç üstlenme doğumu bakımından fer'i niteliği haiz olsa da devamı bakımından bağımsızdır. Oysa garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde doğumu bakımından fer'i niteliktedir. Bunun dışında saf garanti sözleşmesinde borcun doğumu bakımından garanti sözleşmesi fer'i nitelikte değildir.

2.5.2- Kefalet Sözleşmesi İle Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulur; kefilin borç altına girebilmesi için asıl borçlunun rızasına ve hatta bu konuda bilgi sahibi olmasına ihtiyaç yoktur. Kefalet sözleşmesi BK.' da 483-503. maddeler arasında düzenlenmiştir. BK. m.484'e göre, "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya*

¹⁸⁶ Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, garanti verenin borcu doğumu bakımından fer'i borçtur. Zira garanti verenin alacaklı-borçlu şeklindeki temel borç ilişkisinden kaynaklanan riski garanti etmektedir. Fakat garanti sözleşmesinin bu türünde de garanti verenin üstlendiği borç doğumu bakımından fer'i olsa da, geçerliliği ve devamı bakımından bağımsız bir borçtur. Temel ilişkideki borcun geçersizliği veya sona ermesi garanti verenin borcunun da sona ermesi anlamına gelmez. Garanti verenin borcu varlığını korumaya devam ettirir.

¹⁸⁷ TANDOĞAN, Garanti Mukavelesi, s. 37.

¹⁸⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.509.

¹⁸⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.499.

karşı taahhüt eder”. Kanundaki bu tanım, iki açıdan düzeltilmeye muhtaçtır¹⁹⁰: İlki, kefil asıl borcun ödenmesini temin etmeyi değil, ödenmemesinden şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. İkinci olarak, kefilin sorumlu olmayı taahhüt ettiği borcun sözleşmeden doğması şart değildir. Kefilin sorumlu olmayı taahhüt ettiği borç haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya nafaka borcu gibi kanundan doğan bir borç da olabilir.

Kefalet sözleşmesi başka bir kişinin borcunun tekeffülü dolayısıyla daima üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılmaktadır¹⁹¹. Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ile kefildir. Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer’i bir borç olup, geçerliliği temel borç ilişkisindeki borcun geçerliliği ve varlığına bağlıdır. Kefalet sözleşmesinin en bariz ve vazgeçilmez niteliği fer’i oluşunda kendisini gösterir¹⁹². Temel borç ilişkisi her hangi bir sebeple sona ererse, kefilin borcu da sona erer. Bu kefaletin feriliğinin bir sonucudur. Kefalet sözleşmesi şahsi teminat sözleşmelerinin bir türü olup, geçerliliği için yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi gerekmektedir¹⁹³.

Kefalet sözleşmesinde kefil ile alacaklı arasındaki kefalet sözleşmesinin temelinde daima bir temel borç ilişkisi de mevcuttur. Garanti sözleşmesinin bir türü olan teminat amaçlı garanti sözleşmesi de bir temel borç ilişkisini garanti etmek için kurulduğu için, bu yönden kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasında bir benzerlik vardır. Fakat her ne kadar sadece teminat amaçlı garanti sözleşmesi açısından garanti ilişkisinin temelini teşkil eden bir

¹⁹⁰ Kefalet sözleşmesinin yasadaki bu tanımının doğru olmadığı iki yönden değişikliğe ihtiyaç duyulması gerektiği şeklindeki açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 693.; ARAL, Özel Borç İlişkileri, s.420.; ÖZEN, s.45 vd.; REİSOĞLU, KEFALET, s.2 vd.

¹⁹¹ REİSOĞLU, KEFALET, s.1.; CANBOLAT, s.103.

¹⁹² REİSOĞLU, KEFALET, s.2.; Fer’ilik ilkesi kefalet için en belirgin ve vazgeçilmez unsur olmasına rağmen, bu ilkenin de istisnaları mevcuttur. Şöyle ki: - Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, konkordato tasdik edilse bile kefile karşı alacağın tamamını talep hakkını muhafaza eder (İİK m.295/II). Borçlu konkordatoda tespit edilen oranda yükümlü olurken, kefilin asıl borcu aşan nispette ödeme ile yükümlü olduğu görülmektedir. - Asıl borçlunun ölümü halinde mirasçıları, mirası tutulan defter gereğince kabul etmişler ise, alacaklılara karşı mirastan kendilerine düşen miktar ile sorumlu oldukları halde, kefil borcun tamamından sorumludur, REİSOĞLU, KEFALET, s.4.

¹⁹³ YAVUZ, Tasarı, s.461-462.: BKT’ nın 484.maddesinde kefaletin şeklini düzenleyen maddenin BK Tasarısında karşılığını bulan, BK. Tasarı m.583’de kefaletin şekli ile ilgili olarak şöyle bir düzenleme vardır: “*Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmedikçe geçerli olmaz. Ancak, kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekli koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.*” Tasarıda mevcut düzenlemelerden farklı olarak, kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesi geçerlilik koşulu haline getirilmiştir. Bunun dışında mevcut düzenlemelerden yine farklı olarak, kefilin, kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil kefalet sıfatının veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin yer alması gerekmektedir.

temel borç ilişkisinin varlığı garanti sözleşmesinin varlık sebebini oluştursa da, her iki sözleşme arasındaki benzerlik sözleşmelerin doğumu esnasında vardır. Zira kefalet sözleşmesinin doğumu kadar, devamı ve geçerliliği de temel borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Fakat garanti sözleşmesinde, özellikle teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, sözleşmenin doğumu her ne kadar temel borç ilişkisinin varlığına bağlı ise de, garanti sözleşmesinin devamı ve geçerliliği temel borç ilişkisinin varlığına bağlı olmayıp, burada garanti verenin borcu bağımsız bir borçtur. Şahsi teminat verilmek amacı ile yapılan garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasında biraz önce bahsedilen benzerliğe rağmen bu iki sözleşme tipi arasında farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklardan dolayı da somut olayda farklı sonuçlara ulaşılmaktadır.

Garanti sözleşmesinin bir türü olan saf garanti sözleşmesi söz konusu olduğunda, bunun kefalet sözleşmesinden ayrılması kolaydır. Çünkü bu garanti türünde bir temel ilişki söz konusu değildir. Ancak biraz önce de değinilen ve uygulamada sıkça karşılaşılan, teminat amaçlı garanti sözleşmesi söz konusu olduğunda durum aynı şekilde kolay değildir. Çünkü her iki sözleşme türünde de bir temel ilişki söz konusu olup, bu temel ilişkideki borçlunun borcu tekeffül edilmektedir. Bu yönden iki sözleşme arasında benzerlik vardır. Ve ayırım yapmak çok zordur. Fakat garanti sözleşmesinin bu türü ile kefalet arasında fark yaratan kriter garanti sözleşmesinde, garanti veren tarafın borcunun, temel ilişkiden tamamen bağımsız olmasıdır. Kefalet sözleşmesinde, kefil alacaklıyı sadece asıl borçlunun ifada bulunma yetersizliğine karşı koruma sağlarken, garanti sözleşmesinde garanti veren bunun yanında, asıl borcun hükümsüz olması ve icra edilememesi risklerini de teminat altına almaktadır¹⁹⁴.

2.5.2.1- Ayırımın Önemi

Her ikisi de şahsi teminat sözleşmesi olan kefalet ve garanti sözleşmesi farklı geçerlilik şartlarına tabi olduklarından ve bazı hükümleri de birbirinden farklılık arz ettiğinden bu farklılıklar tespit edilebilir¹⁹⁵. Aşağıda tüm sıralanan farklılıkların yanında kefalet sözleşmesi yasada düzenlenmiş olmasına rağmen, garanti sözleşmesi yasada düzenlenmemiştir.

¹⁹⁴ KAHYAOĞLU, s.31.

¹⁹⁵ Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesinin her ikisi de şahsi teminatlardan olmasına rağmen, birbirinden farklı sözleşmelerdir. Bu gün için bu fark Hem Yargıtay tarafından hem de doktrinde ayırım gözetilmeden savunulmaktadır. Fakat doktrinde, Kefaletin, bir çeşit garanti sözleşmesi olduğu fikri de savunulmuştur. Bkz. TANDOĞAN, Garanti mukavelesi, s.19'da 63 nolu dp'ta yer verilen yabancı yazarlar ve Bern İstinaf Mahkemesinin Kararı.

a- Kefaletin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede belirtilmesine bağlı olduğu halde, garanti sözleşmesi her hangi bir şekil şartına bağlı değildir¹⁹⁶.

b- Kefalet sözleşmesinde kefil asıl borçluya ait bütün itiraz ve defileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkını haizdir¹⁹⁷. Fakat garanti sözleşmesinde garanti veren, fiilini garanti ettiği kişinin sahip olduğu defileri garanti alana karşı ileri süremez. Kefilin asıl borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürmesi onun için bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir yükümlülüktür (BK. m.497/I)¹⁹⁸. Garanti sözleşmesinde (teminat amaçlı garanti sözleşmesi) garanti veren bağımsız bir yükümlülük üstlendiği için, temel borç ilişkisinde borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarının (itiraz ve defiler) garanti alana karşı ileri sürülmesi söz konusu değildir.

c- Adi kefalette kefilin sorumlu olması ancak asıl borçlunun takip edilip, takibin sonuçsuz kalması haline bağlıdır; garanti sözleşmesinde, garanti alan, risk gerçekleştiğinde ödeme için derhal garanti verene başvurabilir¹⁹⁹.

d- Kefalet sözleşmesinde kefil ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına kanunen halef olur ve borçluya rücu edebilir (BK. m.496). Garanti verenin elinde böyle bir hak yoktur. Garanti veren kanuni halefiyetten yararlanamaz. Bu bakımdan kefalette kefil, garanti sözleşmesindeki garanti verene nazaran daha fazla koruma imkânına sahiptir.

e- Belli ve belli olmayan süreli kefaletlerde kefaletin sona ermesi hakkında konulmuş olan kefil koruyucu nitelikteki hükümlerden (BK. m.493-494) garanti veren yararlanamaz²⁰⁰.

¹⁹⁶ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.27.; REİSOĞLU, KEFALET, s.15vd.; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.72 vd.; ARAL, Özel Borç İlişkileri, s.427.; DOĞAN, s.87.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.66.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.818., Yazara göre, - kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi-hususunu, bu ihtimali dikkate almaksızın genellikle mektupta bankanın sorumlu olacağı azami miktarın gösterildiği gerekçesiyle, nitelendirmenin fark yaratmayacağını söylemektedir. BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.28. 93 nolu dp'ta Tandoğan'ın bu görüşünün isabetli olmadığını söylemektedir. Çünkü nitelendirmenin fark yaratmayacağının kabulü için, tüm banka teminat mektuplarının kefalette aranan şekil şartlarına tamamen uygun olması gerekir. Teminat mektupları herhalde yazılı şekilde düzenlendiklerinden bu yönden sorun çıkmamakla birlikte, çok az rastlanır da olsa teminat mektubunda bankanın sorumlu olacağı azami miktar gösterilmemiş olabilir ve bu halde nitelendirme önem taşır.

¹⁹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.818.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.66.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.29; AKYAZAN, Banka Teminat Mektupları, s.22.; REİSOĞLU, KEFALET, s.80 vd.

¹⁹⁸ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.29.

¹⁹⁹ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.30; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 818-819.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.67.; REİSOĞLU, KEFALET, s.80.

²⁰⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.819.

f- Kefilin sorumluluğu, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç herhangi bir sebeple sona erince kefil sorumlu olmaktan kurtulur. Garanti sözleşmesinde garanti veren üçüncü bir kişinin borcunu garanti etmiştir. Üçüncü kişinin sorumluluğu sona erse, sözleşme geçerli olmasa bile garanti veren sorumlu olmaya devam eder²⁰¹. Fakat garanti sözleşmesi ile garanti edilen riskin ortadan kalktığı veya riskin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı durumlarda, garanti verenin yükümlülüğü de sona erecektir.

g- BK. m. 502/II' ye göre alacaklı, borçlunun iflasını öğrenir öğrenmez bunu derhal kefile bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde, bildirmemede kusuru olmadığını ispat etmedikçe,²⁰² alacaklı, bu yüzden kefilin uğradığı zarar nispetinde ona karşı sahip olduğu haklarını kaybeder. Garanti sözleşmesinde garanti alan için ise yasadandır doğan böyle bir yükümlülük söz konusu değildir²⁰³.

2.5.2.2.- Garanti Sözleşmesini Kefaletten Ayıran Başlıca Kıstaslar²⁰⁴

Garanti sözleşmesini kefaletten ayıran başlıca kıstasların başında ve belki de en önemli kıstas olan aslilik-fer'ilik kıstası gelir²⁰⁵. Bu kıstasa göre, kefalette kefilin borcu fer'i bir borçtur, varlığı ve geçerliliği asıl borca bağlıdır. Buna karşın garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu temel borç ilişkiden bağımsız bir borçtur, devamı ve geçerliliği temel borcun varlığına bağlı değildir. Garanti sözleşmesi ile kefalet arasındaki farklar ortaya konulurken, aslilik-fer'ilik kıstası dışında, menfaat kıstası ve kişiye yönelik ilgi, yükümlülüğün kapsamı ve niteliği ile şüphe halinde yapılan sözleşmenin kefalet olduğu kıstası da kullanılan kıstaslardandır²⁰⁶. Aşağıda bu kıstasların her biri ayrı bir başlık altında irdelenecektir.

2.5.2.2.1- Temel Ayırt Edici Kriter: Aslilik-Fer'ilik Kıstası

Bir borç ilişkisinden doğan ve alacak hakkını güvence altına alan haklar, kefalette kefile, rehin sözleşmesinde rehin verene tanınan haklar fer'i haklardır.

²⁰¹ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.28.

²⁰² REİSOĞLU, KEFALET, s.193.

²⁰³ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.29.

²⁰⁴ REİSOĞLU, KEFALET, s.81 vd., Yazar, her ikisi de şahsi teminatlardan olan garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi arasındaki farklılıklara ve bu farklılıkların önemine yer verdikten sonra, her iki sözleşme arasındaki ayrımlara imkan vermeyen kıstaslar olarak şu kıstaslara yer vermiştir: “Kullanılan tabirler”, “Alacak-teşebbüs”, “Rizikonun mahiyeti”, “Borçlunun ifa mükellefiyeti-Tazminat mükellefiyeti”, “Para borcunun tekeffülü-Bir fiilin tekeffülü”, “Tali mesuliyet-Birinci derecede mesuliyet”.

²⁰⁵ KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.72.; TANDOĞAN, Garanti Mukavelesi, s.19 vd.

²⁰⁶ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.39.; AKMAN, s.1675.

Fer'i haklar, asli hakka bağı olan, asli hak mevcut ve geçerli olduğu takdirde kullanılabilen haklardır. Bunun tabi sonucu olarak asli hak geçerli bir şekilde doğmamışsa fer'i hak da kullanılamaz. Fer'i hak asli hak mevcut olduğu takdirde kullanılabilen bir haktır. Borcu sona erdiren sebeplerden birisiyle asli hak ortadan kalkmışsa, bunun fer'i olan haklar da son bulur²⁰⁷.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer'i bir borçtur²⁰⁸. Garanti sözleşmesi ile kefalet arasındaki en belirgin fark, kefaletin fer'iliği olup, buna karşın garanti sözleşmesinin bağımsız oluşudur²⁰⁹. Dolayısıyla, kefalet sözleşmesi, asıl borcun herhangi bir nedenle ortadan kalkması halinde, herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmadan temel borç ile birlikte kendiliğinden ortadan kalkacağından kefilin sorumluluğu da asıl borcun sona ermesi ile ortadan kalkacaktır. Kefaletin kaderi, temel borç ilişkisindeki borcun kaderine bağıdır. Oysa garanti sözleşmesi, asıl borçtan ayrı bir hukuki varlığa sahip olduğundan, asıl borcun ortadan kalkmış olması her zaman için garanti sözleşmesinde garanti borcunun da ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır. Fakat temel ilişkideki borcun sona ermesi güvence altına alınan riskin de sona ermesi borcunu doğuruyorsa, garanti sözleşmesi sona erecek, aksi halde garanti sözleşmesi hukuki varlığını devam ettirecektir²¹⁰.

Garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasında yapılan ayırıma göre, fer'iliğin bir sonucu, kefalet sözleşmesinde, kefil, temel borç ilişkisinde, esas borçluya ait olan her türlü savunmaya (itiraz veya defi) sahip olacaktır. Buna karşın garanti sözleşmesi, kefaletin aksine, garanti veren açısından bağımsız bir yükümlülük doğurur. Bu nedenle, garanti verenin (teminat amaçlı garanti sözleşmesinde), lehine teminat verdiği kişiye ait savunma sebeplerine dayanması mümkün değildir.

Kefaletin fer'iliğinin bir sonucu olarak, kefilin borçluya ait defi ve itirazları, kısacası savunma imkânlarını alacaklıya karşı ileri sürebilirken, garanti de böyle bir şey söz konusu

²⁰⁷ KILIÇOĞLU, s.13-14.; BK.m.113'e göre " *Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde, kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur.* "

²⁰⁸ KOCAMAN, Kişisel Teminat, s.72.; REİSOĞLU, KEFALET, s.2 vd.; ÖZEN, s.67 vd.

²⁰⁹ Her ikisi de şahsi teminat sözleşmesi olan Kefalet ile Garanti arasındaki bu fark, doktrindeki tüm yazarlarca ve Yargıtay Tarafından kabul edilmektedir.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.34vd.; ARAL, Özel Borç İlişkileri, s.422 vd.; DOĞAN, s. 90 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.820. 54 nolu dp'taki yazarlar ve Yabancı Mahkemelerin bu konuda müstekar mahiyet kazanmış kararları.; REİSOĞLU, KEFALET, s.76 ve orada 42 nolu dp'ta yer alan yazarlar ve paralel görüşteki Mahkeme içtihatları, fakat aynı dipnotta, Fer'ilik, bağımsızlık ayırımına itiraz eden, GUHL A., yazara göre, " fer'ilik vasfı garanti mukavelesi ile kefalet arasında fark teşkil etmez. BK' nun kefaletin fer'i karakteri ne kadar muhakkak ise garanti vaadinin de müstakil veya fer'i olacağı o kadar aşikardır.

²¹⁰ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.28.

değildir. Yapılacak taahhüde, defî ve itirazlardan tamamen feragat edildiğini gösteren ifadeler bulunması, bu taahhüdün bağımsız bir nitelik taşıdığına işaret eder²¹¹.

2.5.2.2.2- Menfaat Kısıtı

Garanti sözleşmesinin özelliklerinden biri de, garanti verenin diğer tarafı belirli bir hareket tarzına sevk etmekte doğrudan menfaati olmasıdır²¹². Kefalet sözleşmesinde de bir kimseyi diğeriyle sözleşme yapmaya yöneltme amacı ve bu nedenle kefilin yararı bulunabilir fakat bu, kefilin- doğrudan ve birinci planda olan- yararı anlamına gelmez. Dolayısıyla, belirli bir ilişkinin nitelendirilmesinde aslilik-fer'ilik ölçüsünün yeterli olmadığı hallerde bu özellikten yararlanılabilir²¹³.

2.5.2.2.3- Kişiyeye Yönelik İlgi

Kefalet sözleşmesinde, kefalet borcunun konusu, borçlunun borcunu yerine getireceğine dair alacaklı tarafa bir güvence verilmesi vardır. Ve ön planda daima bir şahıs vardır. Bu şahıs çoğunlukla bir borçludur. Burada borcun borçlu tarafından ödeneceği taahhüt edilmektedir. Kefalette kefil, borç altına girerken alacağın her ne şekilde olursa olsun ödeneceğini değil, fakat bunun borçlu tarafından ödeneceğini temin etmektedir. Fakat buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti veren taraf objektif olarak, belli bir sonuç için riski üstlenmektedir²¹⁴.

Hukuki ilişkide garantinin bir şahıs göz önünde tutularak verilmesi bir kefalet sözleşmesinin varlığına, bir sonucun gerçekleşmesi için verilmesi ise bir garanti sözleşmesinin varlığına işaret sayılacaktır.

2.5.2.2.4- Yükümlülüğün Kapsamı ve Niteliği

Doktrinde bazı yazarlar, yüklenilen sorumluluğun, kefilin yüklendiği sorumluluğu aşıyorsa, bir garanti sözleşmesinin varlığından, aksi takdirde kefaletten bahsedileceğini savunmaktadır²¹⁵. Bu kıstas ancak bazı özel durumlarda uygulanabilecektir. Eğer üçüncü

²¹¹ AKMAN, s.1673.

²¹² REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.81.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.828.

²¹³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.828. 79 nolu dp.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.81. Yazara göre, “ Bu kıstas ancak bazı hususi hallerde kabili tatbiktir. Eğer üçüncü şahsın mes’ul olmadığı bazı hallerde de tekeffül edilmişse- mesela beklenilmeyen haller dolayısıyla edanın vuku bulmaması veya üçüncü şahsın borcunun sukut etmesi halinde dahi mes’uliyetin devamı kabul edilmişse- bir garanti mes’uliyeti bahis konusu olacaktır.”

²¹⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s.86-87.; BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.36.

²¹⁵ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.80’deki 50 nolu dp’ta yer verilen yabancı yazarlar.

şahsın sorumlu olmadığı bazı hallerde, örneğin beklenilemeyen haller dolayısıyla sonucun gerçekleşmemesi veya üçüncü şahsın borcunun sona ermesi halinde dahi sorumluluğun devamı kabul edilmişse, bir garanti sorumluluğunun varlığı söz konusu olacaktır²¹⁶.

2.5.2.2.5- Şüphe Halinde kefaletin kabulü kıstası ya da ‘kefalet karinesi’

Doktrinde TANDOĞAN, bir sözleşmenin kefalet mi; yoksa garanti mi? olduğu konusunda şüphe varsa, kefalet lehine yorumun tercih edilmesi gerektiği savunmaktadır. Buna göre, kefalet karinesinin kabulü şeklindeki yorum tarzı, tarafların kefaletin geçerlilik şartlarına ilişkin emredici hükümleri kolaylıkla bertaraf etmelerini engellemek için olduğunu savunmaktadır²¹⁷. BARLAS’ ta TANDOĞAN ile aynı fikirdedir²¹⁸. REİSOĞLU, özellikle sorumluluğun çoğunlukla ivazsız olarak yüklenildiği de göz önünde tutulursa, şüphe halinde daha hafif sorumluluk icap ettiren kefaletin kabulünün hakkaniyete uygun olacağını savunmaktadır²¹⁹.

2.5.2.3-Sonuç

Her ikisi de şahsi teminatlardan olan kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir. Her iki sözleşmede garanti amacıyla yapılmasına rağmen birbirinden farklı sözleşmelerdir. Kefalet sözleşmesi BK.’ da düzenlenmiş olmasına rağmen, garanti sözleşmesine ilişkin yasal bir düzenleme yasalarımızda mevcut değildir. Kefalet sözleşmesinde daima garanti altına alınan bir temel borç ilişkisi mevcut olmasına rağmen, farklı görünüm şekillerine sahip olan garanti sözleşmesinin saf garanti sözleşmesi türünde, garanti veren ile garanti alan arasındaki ilişkin temelinde yatan bir temel borç ilişkisi söz konusu değildir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer’i bir borç olup, doğumu, geçerliliği ve devamı asıl borcun varlığına bağlıdır. Asıl borç geçersiz olduğunda veya her hangi bir şekilde sona erdiğinde, bu borcu teminat altına alan kefilin borcu da sona erer. Fakat aynı şey garanti sözleşmesi için söylenemez. Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, özellikle teminat amaçlı garanti sözleşmesinde doğumu bakımından kefalet gibi fer’i olmasına rağmen, temel borç ilişkisindeki borcun varlığına veya geçerliliğine bağlı değildir. Asıl borç sona erse bile,

²¹⁶ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.81.

²¹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.832.

²¹⁸ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s.39: yazara göre, taraf iradeleri titizlikle yorumlanmalı ve ayırımı yarayan söz konusu ölçüler sözleşmeye dikkatle uygulanmalı; buna rağmen bir sonuca varılamıyorsa kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.

²¹⁹ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.88.

garanti verenin borcu bağımsız bir borç olduğu için varlığını devam ettirir. Ancak temel borç ilişkisindeki borçlunun borcunun sona ermesi beraberinde riski de sona erdiriyorsa, garanti verenin de borcu sona erer. Kefalet sözleşmesinde fer'ilik ilkesinin bir diğer sonucu da kefilin asıl borçluya ait her türlü savunmaları (itiraz veya def'i fark etmez) alacaklıya karşı ileri sürme imkânına sahip olmasına rağmen, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti sözleşmesinde kendisinin sahip olduğu savunmalar dışında, asıl borçluya ait hiçbir savunmayı garanti alan tarafa karşı ileri süremez.

Kefalet sözleşmesinde alacaklıya ödeme yapan kefil yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına yasa gereği halef olurken, garanti sözleşmesinde ödeme yapan garanti verenin yasadan kaynaklı bir hakkı söz konusu değildir. Garanti sözleşmesinde ödeme yapan garanti veren, yasadan kaynaklı rücu hakkına sahip olmadığı için, lehine teminat verdiği kişi ile veya bir üçüncü kişi ile rücu konusunda anlaşma yaparak kendini güvence altına almaktadır.

2.6- KAG SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

KAG sözleşmesi iki taraflı bir hukuki ilişki olup, kural olarak tek tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. Sözleşme teminat amacıyla yapılmakta olup, garanti veren tarafın da bir yükümlülük üstlenmesi, yani sözleşmenin ivazlı olmasında da bir engel yoktur. Aşağıda ilk önce KAG sözleşmesinin özellikleri kısaca anlatılacaktır.

2.6.1- İki Taraflı Bir Hukuki İlişki Olması

KAG sözleşmesi iki taraflı bir hukuki ilişkidir. Bu sözleşmenin kurulması için, Kontrgaranti veren (garanti veren) ile kontrgaranti alanın (garanti alan) BK. m. 1 uyarınca irade beyanlarının uyushması gerekmektedir. KAG sözleşmesinde garanti veren veya garanti alanın iradesi tek başına bir sonuç doğurmaz.

KAG sözleşmesinde garanti veren/kontrgaranti veren teminat mektubu ilişkisindeki lehtar olabileceği gibi, lehtar dışındaki üçüncü kişi de olabilir. Fakat garanti veren kim olursa olsun, sözleşme garanti veren ile garanti alan banka arasında kurulur²²⁰. Lehtar dışında bir üçüncü kişinin garanti veren olduğu durumda sözleşmenin kurulması için lehtara gerek yoktur.

²²⁰ AKYAZAN, Banka Teminat Mektupları, s.17 vd.

2.6.2-Rızai Bir Akit Olması

KAG sözleşmesi rızai bir akitir. Sözleşme taraflarının, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları anında kurulur. Başka bir ifadeyle, tarafların garanti edilen risk ve bu riskin bağımsız bir şekilde üstlenildiği konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Burada kontrgaranti veren taraf, sözleşmenin karşı tarafının uğraması muhtemel zararını bağımsız bir yükümlülük şeklinde parasal karşılık olarak tazmin etmeyi üstlenmektedir. Kontrgaran ile teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski garanti edilen banka arasında garanti edilen risk ile bu riskin bağımsız olarak üstlenilmesi ile sözleşme kurulur.

KAG sözleşmesi de diğer rızai sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanlarının (icap ve kabul) birbirine uygun olması gerekli ve yeterlidir²²¹.

2.6.3-Borç Doğuran Bir akit Olması

Sözleşmeler açısından yapılan ayırımlardan biri, onların borç doğurup-doğurmaması açısından yapılan ayırımdır²²².

KAG sözleşmesinde kontrgaranti veren tarafın borcu, garanti alan tarafın uğrayacağı parasal zararın tazminidir. Kontrgaran sözleşmesinin kurulması ile garanti veren taraf bankanın teminat mektubu riskini borç olarak üstlenir. Ve riskin gerçekleşmesiyle bu borcunu zararın tazmini, garanti ettiği meblağı ödeyerek ifa eder.

2.6.4-Kural Olarak Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir Akit Olması

KAG sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²²³. Bu sözleşme ile sadece garanti veren borç altına girmektedir. Sözleşmenin karşı tarafı, yani

²²¹ Sözleşmeyi kuran taraf iradeleri KAG sözleşmesinin kurulması başlığı altında icap ve kabul ile ilgili olarak ileride anlatılacaktır.

²²² Borç sözleşmeleri, taraflar arasında bir borç ilişkisi kuran ve dolayısıyla en azından bir borç(ve alacak) doğruna sözleşmelerdir. Borç sözleşmeleri bir borç ilişkisi kuran sözleşmelere denir. Borç sözleşmesi ile mutlaka bir borç ilişkisi kurulur ve dolayısıyla bir borç(alacak) doğar. Örneğin, satım, kira, hizmet sözleşmeleri gibi borçlandırıcı işlemler borç sözleşmelerine örnek gösterilebilir.

²²³ Kefalet sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin ivazlı olmasında da bir engel yoktur. Kefalet sözleşmesinin ivazlı yapılmasına örnek olarak, “ *alacaklı, kefilin üstlendiği edime karşılık, borçluya borcunu ifa etmesi için süre vermeyi taahhüt edebilir. Alacaklının, kefil olunan borcu güvenceye alan bir rehin hakkından vazgeçmeyi, bir diğer kefil i bra etmeyi – karşı edim- olarak üstlenmesi de mümkündür*” bkz. ÖZEN, s. 89-90.

garanti alan banka kural olarak borç altına girmez. Fakat sözleşme bir garanti sözleşmesidir ve sözleşmenin ivazlı yapılmasında da hiçbir engel söz konusu değildir²²⁴.

2.6.5-Bağımsız Bir Sözleşme Olması

KAG sözleşmesi ile garanti veren bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. Garanti verenin yükümlülüğü hem garanti altına aldığı teminat mektubu ilişkisinden hem de teminat mektubunun garanti ettiği, temel borç ilişkisindeki lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiden bağımsız bir yükümlülüktür²²⁵.

2.6.6-İlleti (Sebebi)

KAG sözleşmesi şahsi teminatların bir türü olan garanti sözleşmelerindendir. Garanti sözleşmelerinin hepsinde olduğu gibi bu sözleşmenin de sebebi, sözleşmenin karşı tarafı olan bankaya garanti sağlamaktır.

²²⁴ Bkz. daha önce 2. Bölümde garanti sözleşmesinin unsurları anlatılırken “ivazsızlık” unsuru başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²²⁵ Bağımsızlık unsuru ile ilgili olarak bkz. Daha önce ikinci bölümde 2.1.4.4 nolu başlık altında garanti sözleşmesinin unsurları anlatılırken “bağımsızlık” unsuru başlığı altında yaptığımız açıklamalar. Ayrıca ileride kontrgaranti amaçlı garanti sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülükleri anlatılırken “bağımsızlık” unsuruna tekrardan önemine binaen değinilecektir.

3.ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

KAG SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, GEÇERLİLİK ŞARTLARI

3.1-KAG SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Uygulamada, banka, teminat mektubunu hemen her zaman lehtarın kontrgaranti taahhüdüne dayanarak hazırlar²²⁶. Zira banka, teminat mektubu düzenleyerek ağır ve istisnai bir sorumluluk altına girmekte ve kefalette olduğu gibi yasadan kaynaklı rücu hakkına sahip olmadığı için kendini güvenceye almak istemektedir²²⁷. Bu şekilde kendini güvence altına almak isteyen banka çoğu zaman teminat mektubuna konulan kayıtların aynısını lehtar veya üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi ile yapılan kontrgaranti metnine de koymaktadır. Kontrgarantinin metninde verilecek teminat mektubuna ilişkin şartlar bulunur. Teminat mektubu bu şartlara göre hazırlanmalıdır. Ayrıca kontrgarantiye özgü bir takım kayıtlar örneğin bankanın komisyon alacağına ilişkin kayıtlar, garanti bedelinin depo edilmesi gibi kayıtlar da bulunur²²⁸.

Banka tarafından muhataba hitaben lehtar lehine hazırlanan teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgaranti, başta kefalet olmak üzere, her türlü ayni ve şahsi teminat

²²⁶ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.403., Yazar, “Bir kontrgarantide Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi, bir taahhüde garanti sözleşmesi niteliği veren tüm ibareler- tıpkı teminat mektubunda yer aldığı gibi- yer almaktadır. Bu ibareler kontrgaran ile teminat mektubu veren banka arasında da bir garanti sözleşmesinin varlığını göstermektedir. Kontrgarana rücu kanuna değil, fakat kontrgaranti sözleşmesine dayanmakta ve kontrgaran, bankaya kendi lehine veya üçüncü kişi lehine teminat mektubu düzenleme talimatı verirken, bankaya, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan def’i ve itirazları ileri sürmeden ilk talepte derhal ödeme yetkisi vermekte ve bu özelliği nedeniyle kontrgaranti garanti sözleşmesi niteliği kazanmaktadır.” Diyerek banka ile imzalan ve banka teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgarantiyi hukuki nitelik olarak garanti sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Yine yazar devamla kontrgarantiyi sözleşme olarak kabul etmektedir. Fakat ilk bölümde de izah ettiğimiz gibi kontrgarantiyi, kontrgaranti sözleşmesi olarak sınırlamak yanlış olur. Zira kontrgaranti homojen bir kurum değildir. Sadece bir sözleşme olarak nitelemek yanlış sonuçlara götürür. Banka tarafından düzenlenen teminat mektuplarına karşılık olarak teminat mektubu talebinde bulunan kişi tarafından verilebilecek olan teminatlar tek tip olmayıp çeşitli şekillerde olabilmektedir. Bankadan teminat mektubu talebinde bulunan kişi tarafından verilebilecek olan bu teminatların tamamına kontrgaranti adı verilmektedir.

²²⁷ Bankalar genelde teminat mektuplarını müşterisi olan ve durumu ekonomik açıdan iyi olan lehtarlar lehine düzenlemektedirler. Fakat bankalar bazı hallerde müşteri olmayan veya kredi almaya ekonomik varlığı müsait olmayan şahıslara da, aradaki kontrgarantiye dayalı olarak teminat mektubu vermektedirler. Bkz. Faruk EREM/Akın ALTIOK, “Kontrgarantiye Müstenit Teminat Mektubu Muamelelerinin Bankalar Kanunu Muvacehesindeki Durumu”, C.IV., S.1-4., Ankara: BATİDER, 1967-1968, s.105 vd. Bu gibi hallerde kontrgaranti verenler genelde lehtar dışındaki üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişilerdir. Teminat mektubu veren dışındaki bir banka da teminata mektubunun teminatını teşkil etmek üzere kontrgaranti taahhüdü altına girebilir.

²²⁸ Kontrgaranti metnine koyulacak kayıtlarla ilgili daha önce yaptığımız açıklamalar için bkz. 17 dp’ da yaptığımız açıklamalar.

olabilir. Konunun amacından sapılmamak için, bu teminatların tamamı anlatılmayacak. Sadece KAG sözleşmesi anlatılacaktır.

Yargıtay'ın da bankanın lehtara teminat mektubu vermesini sağlamak için kontrgarantiyi imzalayan kontrgaran ile banka arasındaki ilişkiyi bir garanti sözleşmesi olarak kabul etmesinden²²⁹sonra taraflar arasındaki ilişkiye yasal düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesi uygulanacaktır. KAG sözleşmesine ilişkin yasalarımızda özel hükümler olmadığı için, az önce izah edildiği üzere bu sözleşmenin kurulması da garanti sözleşmesi gibi genel hükümlere tabi olacaktır. KAG sözleşmesi de her sözleşme gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. BK' muz bir sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın irade beyanlarının uyuşması gerektiğini öngörmüş, bununla ilgili genel koşulları belirlemiştir (BK. m.1-2)²³⁰.

Borçlar Kanunu m.1'de “ *iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olabilir.*” O halde belli bir şekil şartına tabi kılınmadıkça, zımni beyanlar ile dahi sözleşme kurulabilir. BK. m.1'de yer verilen hüküm sözleşmenin unsurlarını içeren bir tanım düzenlemiştir. BK.' da ki bu tanımdan yola çıkarak, bir sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafa ihtiyaç duyulduğu, ihtiyaç duyulan iki tarafın karşılıklı irade açıklamalarına gerek duyulduğu ve son olarak da bu karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uygun olması gerektiği sonucuna varılır. Tüm bu maddelerde düzenlenen ve varılan sonuç tez'in konusunu oluşturan KAG sözleşmesi için de geçerlidir. Bunun dışında KAG sözleşmesinde tarafların irade açıklamaları daha çok önem arz etmektedir. Zira bir önceki bölümde garanti sözleşmesi-kefalet sözleşmesi ayırımı yapılırken, tarafların sözleşmede kullandıkları ifadelerden ziyade, hangi amaçla iradelerini açıkladıklarının, sözleşmenin niteliğini belirlemede önemli olduğunu

²²⁹Bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.403. ve 638 nolu dp'ta yer verilen Yargıtay 15.HD. 04.11.1977 tarihli 1133/2042 sayılı kararı.

²³⁰ SAYMEN/ELBİR, Sözleşmeyi şöyle tanımlamaktadır: “ *Akid, iki veya daha ziyade kimselerin hukuki bir bağı doğurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile yaptıkları iltizami bir muameledir.*” Bkz. SAYMEN/ELBİR, s.81. ; BİRSEN, s. 38 vd.; KILIÇOĞLU, s.37vd.; ZEVLİLİLER, s.31.; OĞUZMAN/ÖZ, s.44.; Haluk.N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Nisan 2008, s.17.; Aydın AYBAY, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 12. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s.24 vd.

BK. m.1: “ *İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur.*

Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olabilir.”

BK. m.2/I-II: “ *İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise, ikinci derecedeki noktalar sukutla geçilmiş olsa bile akde münakit olmuş nazarıyla bakılır.*

İkinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulamadığı takdirde hâkim, işin mahiyetine bakarak onları tayin eyler.”

söyledik. Buna göre tarafların sözleşme kurarken, açıkladıkları iradelerinin yorumu önem arz eder.

Sözleşmede, sözleşmenin kurucu unsuru olan taraf iradelerinin hangi anlama geldiği açık ve net olmayabilir. Bu durumda sözleşme taraflarının iradelerinin yorumuyla ortaya çıkacaktır²³¹. KAG sözleşmesinde, banka tarafından verilen teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski, garanti veren tarafından garanti edilmektedir. Başka bir anlatımla, teminat mektubu veren banka, temel borç ilişkisindeki borçlu edimini ifa etmediğinde, risk gerçekleştiğinde, alacaklı/muhatabın kendisine yazılı olarak başvurulması halinde ödeme yapmak zorunda olacaktır. İşte bu noktada ödeme yapmak zorunda kalan ve ödeme yapan bankanın uğrayacağı muhtemel zarar KAG sözleşmesi ile garanti edilmektedir. Sözleşmede garanti veren, bankanın muhataba ödeme yapma riskini garanti etmektedir. Ve işte bu noktada KAG sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların iradelerinin bahsettiğimiz risk üzerinde örtüşmesi gerekir. Bu bakımdan KAG sözleşmesinde tarafların iradelerinin yorumlanması büyük önem arz eder.

²³¹ Yorum, sözleşmede yer alan taraf iradelerinin gerçek anlamını ve amacını ortaya çıkarmaya hizmet eder. Bu durumda üç olasılık akla gelir. Bunlardan birincisi, irade sahibinin buna verdiği anlamın esas alınmasıdır. Örneğin: Bir inşaat yapımına ilişkin istisna sözleşmesinde, iş sahibi, “kapı ve pencerelerin iyi kalitede malzemenin yapılması” iradesini ortaya koymuşsa, buradaki “iyi kalite”nin anlam ve amacı, bu iradeyi ortaya koyan kişinin ölçü ve anlayışlarına göre yorumlayacaktır. Bu görüşe “irade teorisi” adı da verilmektedir. Bu görüşlerden ikincisi, irade sahibinin değil, bunun beyan edildiği karşı tarafın buna verdiği anlamın esas alınmasıdır. Yorumun beyan sahibinin amacına göre yapılmasını esas alan bu görüş “beyan teorisi” adını almaktadır. Üçüncü ve son görüş ise, sözleşmenin yorumunda ne irade sahibinin ne de bunun beyan edildiği muhatabın değerlendirmesini esas alır. Bu görüşe göre, sözleşmenin yorumunda doğruluk ve güven kurallarına göre, buna aynı koşullar altındaki üçüncü kişilerin verdiği anlam esas alınacaktır. İradelerin ve sözleşmelerin yorumunda en isabetli olan görüştür. Bu görüşe “güven teorisi” adı verilmektedir. KILIÇOĞLU, s.176.; Buna karşın TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, eserlerinde bu konu ile ilgili olarak dört prensibe yer vermektedirler. Bunlardan birincisi, “irade prensibi”, ikincisi, “anlam verme prensibi”, üçüncüsü, “beyan prensibi” ve dördüncü ve sonuncusu, “güven prensibi”dir. Bu prensiplerden ilki daha önce açıkladığımız irade teorisi ile aynıdır. Anlam verme prensibi de beyan teorisi ile aynıdır. Yine daha önce açıkladığımız güven teorisi ile güven prensibi birbirinin aynıdır. Farklı olarak “beyan prensibi”ne bakalım: Bu prensibe göre sözleşme iki iradenin değil, iki irade beyanının birleşmesidir. O halde iradeler arasında uygunluk bulunmasa bile irade beyanlarının birbirine uygun düşmesi halinde sözleşme kurulmuş olur. İrade beyanlarının birbirine uygun olup olmadıkları ise, bunların objektif anlamlarına, diğer söyleyişle bunlara, tarafsız bir üçüncü kişinin vereceği anlama göre tayin edilir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.94-95. Bu son baktığımız prensip kanımızca “güven teorisi” ile benzeşmektedir.; İki tarafın beyanının birbirine uygun olup olmadığının uyumsuzluk konusu olduğu hallerde, irade beyanlarının yorumu ile sonuca ulaşılabilir. Bu için doktrinde ve Mahkeme İçtihatlarında genellikle güven teorisi kabul edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 61.; AYBAY, s.42 vd.; Taraf iradelerinin açık olmadığı birçok durumda irade beyanına, beyan sahibi başka, beyana muhatap başka bir anlam bağlayabilir. Bu gibi bir durumda taraf iradelerinin yorumu yoluna gidilir. Beyan sahibinin beyanına verdiği anlam esas alındığında “irade prensibi” kabul edilir. Yok eğer beyanın muhatabının beyanı nasıl anladığı esas alındığı bir durumda “beyan nazariyesi” kabul edilir. Bu iki prensip dışında tamamen objektif ölçülere göre, üçüncü bir kişinin bu beyanı nasıl anlayacağı araştırılrsa burada “güven prensibi (veya nazariyesi)” kabul edilir. Bu prensipler içinde en uygun çözüm “güven prensibi” görüşüdür. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme (Borçlar Hukukuna Giriş), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008, s.132 vd.

Borçlar Kanunumuzun 181 ve devamı maddelerinde düzenlenen, Satım sözleşmesinde, tarafların irade beyanlarının ne yönde olduğunun tespiti kolaydır. Sözleşmenin esaslı unsurları, satılan mal ve semen (satış parası)'dır²³². Tarafların iradelerinin sözleşmenin esaslı unsuru olan, satılan mal ve satış parası üzerinde örtüştüğünün tespiti ve taraf iradelerinin bu yönde olduğunun tespiti kolaydır. Taraflar arasında bu konuda olası bir uyuşmazlık durumunda da, iradelerin sözleşmenin esaslı unsuru üzerinde örtüşüp örtüşmediği de kolayca tespit edilebilir. Fakat aynı şeyi KAG sözleşmesi için söylemek zordur. KAG sözleşmesinde biraz önce izah etmeye çalıştığımız gibi, sözleşme taraflarının sözleşme konusu risk üzerinde iradelerin uyuşması gerekir. Ve KAG sözleşmesinde taraf iradelerin risk üzerinde örtüştüğünün tespiti önemli ve güçtür. Çünkü garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi gibi, teminat amaçlı olarak kurulur ve tarafların kullandıkları ifadelerle bakılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılması bizi doğru sonuca götürmeyebilir. KAG sözleşmesinde tarafların irade beyanlarının yorumlanması, büyük öneme sahip olup, sözleşmenin esaslı unsurlarının tespiti ve taraflarının edimlerinin tespiti bakımından da önemlidir. Ve garanti veren tarafın da, sözleşmesinin kapsamına girmeyen risklere ilişkin olarak kendisine talepte bulunulması durumunda bu talep, garanti veren tarafça reddedilecektir²³³.

KAG sözleşmesinde, tarafların sözleşmeyi kurabilmek için üzerinde anlaşmaları gereken tek husus, teminat mektubu ilişkisinde ödeme yapmak zorunda kalan bankanın bu durumuna bağlı olarak bir tarafın bağımsız bir biçimde tazmin borcu altına girmesidir. Kontrgaranti ile bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riski (rizikosu) garanti edilmektedir.

KAG sözleşmesinde, sözleşmenin konusunun objektif olarak imkânsız olmaması, sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlâk ve adaba ve kişilik hakkına²³⁴ aykırı olmaması gerekir. KAG sözleşmesi için, sözleşmenin kendisinin yasal düzenlemesi olmadığı gibi herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla KAG sözleşmesi açısından hukukumuzda kabul edilen şekil serbestisi prensibi geçerlidir. Fakat her ne kadar sözleşmenin geçerliliği için şekil serbestisi kabul edilse de daha sonradan doğacak uyuşmazlıkta ispat açısından sözleşmenin yazılı şekilde yapılması yararlıdır. KAG sözleşmesi banka ile yapılmaktadır. Sözleşmenin taraflarından birisi bankadır. Bu nedenle yapılacak

²³² EREN, s.220.

²³³ AKYOL, s.183.

²³⁴ Kişilik hakkı, bir kimsenin bizzat kendi kişiliği üzerinde sahip olduğu mutlak haktır. Bu hakkın kapsamına kişinin sahip olduğu bütün manevi değerler girer. Örneğin, Şeref, haysiyet, kişisel sırlar, bilimsel ve mesleki bilgiler. Bunların dışında kişinin vücudu, yaşamı vb. Bkz. AYBAY, s.38.; KAG sözleşmesinin kişilik hakkına aykırılığı sorunu ileride anlatılacaktır.

sözleşme banka garantisi ile eş zamanlı ve çoğu zaman banka garantisi şeklinde hazırlandığı için yazılı yapılmaktadır²³⁵.

KAG sözleşmesinin tarafları kontrgaranti veren ve kontrgaranti alan taraftır²³⁶. Banka, muhatabın yazılı talebi ile teminat mektubunun içeriği olan parayı (garanti ettiği meblağı) ödemek zorunda kalırsa, bu parayı her türlü masraf ve faizi ile birlikte geri alabilmek ister. İşte bu amaçla bankaya karşı taahhüt altına giren ve ek teminat veren gerçek veya tüzel kişiye/kişilere kontrgaran denir²³⁷. Kontrgaran (kontrgaranti veren), bankanın garanti ettiği temel borç ilişkisindeki borçlunun (lehtarın) kendisi ya da üçüncü bir gerçek veya tüzel kişi olabilir. Uygulamada tüzel kişi kontrgaran olarak hemen her zaman bankalar taahhütte bulunur²³⁸.

3.1.1-KAG Sözleşmesinde İcap

Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur²³⁹. KAG sözleşmesi de diğer bütün sözleşmeler gibi, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur.

Borçlar Kanununda bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan bu irade açıklamalarından birine, icap, diğerine ise kabul adını vermektedir²⁴⁰. İcap adını verdiğimiz iradeyi açıklayan kimseye, icapçı, kabul adını verdiğimiz iradeyi açıklayan kimseye ise kabulcü denilmektedir²⁴¹.

²³⁵ KAHYAOĞLU, s.47.

²³⁶ YENİCE, Kontrgaranti, s.177 vd.

²³⁷ AKYAZAN, Banka Teminat Mektupları, s.17.; YENİCE, Kontrgaranti, s.178.

²³⁸ Daha önce ilişkide bulunduğu bir banka, teminat mektubunu düzenleyecek bankaya lehtar adına kontrgaranti verir. Bu duruma örnek olarak AKYOL, Banka Sözleşmeleri adlı eserinde şu örneği vererek açıklama yapmıştır. “Diyelim müteahhit A’nın özel bir banka ile kredi ilişkisi, mevduat ve yatırım ilişkileri vardır. Müteahhit A, bir devlet ihalesine girmek istediğinde eğer bu ihaleyi açan idare ‘Devlet bankasından sağlanan geçici ve kesin teminat mektubu’ isterse, müteahhit A kredi ilişkisi içinde olmadığı devlet bankasından teminat mektubu almasını hızlandırmak için özel bankadan kontrgaranti sağlar.” Böyle bir bankanın karşı-teminat (kontr-garanti) vermesi halinde, teminat mektubunu düzenleyen banka karşı-teminatı veren bankaya kredi açar. AKYOL, s.196-197. Yazar “kontrgaranti” kavramı yerine “karşı-garanti” kavramını kullanmaktadır.; Yine şekilde BARLAS’ da “kontrgaranti” kavramı yerine “karşı-garanti” kavramını kullanmaktadır. Bkz. BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s. 57.

²³⁹ SAYMEN/ELBİR, s.94.; KILIÇOĞLU, s.39.; AYBAY, s. 25.

²⁴⁰ BK. m.3: “Kabul için bir müddet tayin ederek başka bir akdin yapılmasını teklif eden kimse, bu müddetin hitamına kadar icabından dönemez. Bu müddet bitmeden evvel kabul haberi kendisine yetişmezse, icap ile bağlı kalmaz.”; OĞUZMAN/ÖZ, s.46.

²⁴¹ İcap, bir sözleşmeyi kurmak amacıyla taraflardan birinin teklifini içeren bir irade beyanıdır. İcabı belirleyen husus, teklifi yapan taraf değil, fakat zaman bakımından ilk önce yapılan tekliftir. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 94-95.; BİRSEN, s. 40.; Tarafların karşılıklı irade beyanlarından zaman itibarıyla ilkinde icap, ikincisine kabul beyanı denir. NOMER, s. 17.; OĞUZMAN/ÖZ, s.46.; AYBAY, s. 26 vd.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan iradelerden hangisinin icap, hangisinin kabul olduğunun bilinmesi önemlidir. Zira açıklanan irade icap ise, icapçı icabıyla bağlıdır. Ayrıca icap sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermelidir. Sözleşmenin diğer tarafı icapla uyumlu irade açıklamasında bulunursa, yani kabul beyanında bulunursa, taraflar arasında sözleşme kurulmuş olup, artık icapçı sözleşmenin gereklerini yerine getirmek zorundadır.

Sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyen ve karşı tarafça kabul edildiğinde sözleşmeyi kurabilecek olgunlukta olmayan irade beyanları icap olmayıp, icaba davettir²⁴². İcap, karşı tarafa ulaşmalı, ona varmalıdır. İcabin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, muhatabın hâkimiyet alanına ulaşması gereklidir²⁴³.

İcap, kural olarak özel bir şekle tabi değildir. Gerçekten, BK. icabın şekline ilişkin olarak herhangi bir düzenleme getirmemiştir²⁴⁴.

İcapta bir sözleşme kurma iradesinin mevcut olması gereklidir. İcap, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir irade açıklamasıdır. İcap beyanı sarih (açık) bir şekilde yapılabileceği gibi, zımni bir şekilde de yapılabilir²⁴⁵. Sarih icap beyanı ya sözlü, ya da yazılı şekilde olur. Zımni icaba, iradenin varlığını gösteren bir davranış örnek verilebilir²⁴⁶. Fakat genel olarak

²⁴² İcaba davet de bir irade açıklamasıdır. Ancak, icaba davette, icapta bulunma iradesi değil, başkalarının kendisine icapta bulunmasını sağlama amacı mevcuttur. İcaba davette, kişi icapçı konumundan kurtulup, başkalarını icapçı yapmak, kendisini kabulcü konumuna getirmek amacını taşır. Bunun dışında icapta bağlanma iradesi olduğu halde, icaba davette bu irade yoktur. Bunun dışında bir iradenin ne zaman icap ne zaman icaba davet olduğunun ayrımının yapılması önemlidir. Buna göre icap sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesine rağmen, icaba davet sözleşmenin esaslı unsurlarını içermez. Bu ayrımı anlatmak için KILIÇOĞLU şu örneği vermektedir: “*X isimli Bakanlık, ihtiyacı olan gıda maddelerini satın almak istemektedir. Bu amaçla, gıda üretici ya da satıcılarına, ihtiyacı olan nitelikteki gıda maddelerine ilişkin fiyatlarını bildirmelerini isterse, X’in açıkladığı iradesi icap değil, icaba davettir. Zira X’in iradesinde satım sözleşmesinin esaslı unsurları olan, mal ve bedel unsurları mevcut değildir.*” KILIÇOĞLU, s.42.; Videoteks yoluyla veya telemarketing’de televizyon ekranından veya elektronik ticarete internet üzerinden yapılan satış tekliflerini de icaba davet kabul etmek mümkündür. NOMER, s.21.; Konuya ilişkin OĞUZMAN/ÖZ, verdiği örnekte, “*bir kitapçı dükkanına girerek bir yazarın şu kitabı var mı, sualini soran kimse bir icap yapmış olmaz; zira henüz karşı tarafın cevabı ile aktin kurulmasını arzu eder durumda değildir. Bu şahsın, kitapçının kitabın mevcut olduğunu bildirmesi ile aktin kurulmasını arzu ettiği söylenmez.*” bir beyanın icap mı yoksa icaba davet mi olduğu hususunun tespiti kolay olmayan bir mesele olup, bunun çözümü irade beyanlarının yorumuna bağlıdır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.46-47. BK. m.7/II’ de: “*Tarife ve cari fiyat irsalı icap teşkil etmez*” hükmüne yer verilerek, tarife ve fiyat listesinin gönderilmesini icaba davet olarak kabul etmiştir. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 98.

²⁴³ EREN, s.220.; OĞUZMAN/ÖZ, s.46.

²⁴⁴ EREN, s.221.

²⁴⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 155.

²⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Zımni irade beyanı ile sözleşme kurulmasına örnek olarak, “*A nişanlısı B’ye gazetede çıkan ve kendisinin C ile nişanlandığını bildiren haber kesip gönderiyor(nişanı bozma iradesinin zımnen beyanı)*” bir başka örnek, “*A, üç gün önce kendisine saf altın diye altın kaplama bilezikleri satan B’yi yolda görünce üstüne saldırıyor, bayıltıncaya kadar dövüyor, sonra bilezikleri yanına bırakıyor(sözleşmenin hile sebebiyle iptali iradesinin zımnen beyanı)*” zımni irade beyanı ile sözleşme kurulması ile ilgili olarak bu örnekler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 150-151.; NOMER, s.20.; EREN, s.221.,

kabul edilen bu kural tez konumuz olan KAG sözleşmesi bakımından yeterli olmayabilir. Zira KAG sözleşmesi ile garanti veren ağır bir sorumluluk altına girmektedir. Garanti verenin sorumluluğu kefalette kefilin sorumluluğundan daha ağır ve bağımsız bir sorumluluktur. Garanti verenin böyle bir sorumluluk altına girdiğini açık ve net bir şekilde ortaya koyması gerekir. Dolayısıyla KAG sözleşmesinde icabın geçerli kabul edilebilmesi için, icabın, icapçının gerçek iradesini yansıtmaması gereklidir. Garanti veren bir riski üstlenme iradesini açık ve net bir şekilde açıklamadığı sürece, örtülü irade açıklaması ile iradesini açıkladığı kabul edilerek, icabı ile bağlı tutulmamalıdır. Ancak bu durum garanti verenin sözleşme görüşmelerinde kusur (CULPA IN CONTRAHENDO) nedeni ile sorumlu tutulmasına engel değildir.²⁴⁷ Kaldı ki ilerde anlatılacağı üzere Yargıtay, teminat mektubunun muhataba iletilmek üzere lehtara verilmesini kontrgarantinin kurulması için yeterli görmektedir²⁴⁸. Dolayısıyla Yargıtay zımni irade beyanı ile kontrgarantinin kurulabileceğini kabul etmektedir.

KAG sözleşmesi tek tarafa borç yüklediği için, kontrgaranti metni çoğu zaman yalnız garanti verenin imzasını içermektedir. Sözleşme bir taahhütname, teminat mektubu taahhütnamesi şeklinde yapılmaktadır. Bu durumda kontrgarantinin bir sözleşme olmayıp, tek taraflı bir taahhüt olduğu ileri sürülebilir²⁴⁹. Ancak lehtar lehine ve muhataba hitaben teminat mektubu düzenleyen bankanın kontrgarantiyi kabulü ve buna dayanarak teminat mektubunu vermesi, ortaya bir sözleşmeyi çıkarmaktadır²⁵⁰. Zira garanti alan banka, garantinin türü ve şartları ile mutabık olmadığı veya yeterli görmediği bir garantiyi reddederek ilişkinin kurulmasını engelleyebilir. Lehtar veya lehtar dışındaki üçüncü bir gerçek veya tüzel kişinin tek taraflı bir ödeme taahhüdü olsaydı ilişki, garanti (kontrgaranti amaçlı garanti ilişkisi), garanti verenin bu taahhüdü ile hüküm doğururdu²⁵¹. Kontrgaranti verenin imzaladığı garanti, KAG sözleşmesinin icabını oluşturmakta, bankanın bunu kabul etmesiyle de sözleşme kurulmuş, iradeler uyuşmuş olmaktadır.

Zımni icaba örnek olarak, bir satıcı, kendisinden sipariş edilmemiş bir malı, muhataba göndermişse, buradaki icap, irade faaliyetiyle yapılan zımni-fili icaptır.

²⁴⁷ Sözleşme öncesi sorumluluk adı verilen “culpa in contrahendo”, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada da tarafların birbirlerine verdikleri zararlar nedeniyle sorumlu olmasını ifade etmektedir. Buradaki sorumluluk da bir kusur sorumluluğudur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. İlhan ULUSAN, “Culpa in Contrahendo Üstüne” Prof. Dr. Ümit DOĞANAY’ ın Anısına Armağan, İUSBF Yayın No:1, İstanbul Üniversite Yayın No: 2848, İstanbul 1982, s.289 vd.; KILIÇOĞLU, s.56 vd.; NOMER, s.169.

²⁴⁸ Bkz. ilerde 256 nolu dipnotta yer verdiğimiz Yargıtay 11. HD.’ nin kararı.

²⁴⁹ Teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere hazırlanan kontrgaranti örneklerinde taahhütnamenin en altında lehtar imzası ve hemen yanında da onunla beraber sorumlu olacak kişinin imzası bulunmaktadır. Bu şekilde kontrgaranti taahhüdünde teminat mektubu düzenleyerek risk altına giren bankanın imzası bulunmamaktadır. Kontrgaranti örnekleri için bkz. İzzettin PAMUKÇU, Bütün Yönleri ile ve Çeşitli Örneklerle Teminat Mektupları, Ankara: 1976, s.64 vd.

²⁵⁰ KAHYAOĞLU, s.45.

²⁵¹ KAHYAOĞLU, s.45.

KAG sözleşmesinde olağan olan, garanti alanın, garanti verene icapta bulunmasıdır. Fakat uygulamada durum bu şekilde olmaz. Temel borç ilişkisinin borçlu tarafı olan lehtar bankasına başvurmakta, garantiyi hazırlatıp, imzalatmakta ve bunu alacaklı taraf muhataba ulaştırmaktadır²⁵². Lehtar teminat mektubu için bankaya başvurarak muhataba hitaben kendisi lehine teminat mektubu hazırlanmasını istemektedir. Ve uygulamada kontrgaranti hemen her zaman banka teminat mektubu ile eş zamanlı olarak hazırlandığı için, banka teminat mektubu düzenlemesi için bankaya başvuran lehtar aslında KAG sözleşmesini kurma, başka bir deyişle icap iradesini ortaya koymaktadır. Teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgaranti taahhütlerinde,²⁵³ taahhütte bulunan tarafın lehtar olduğu durumlarda, lehtarın icap beyanının tespiti kolay olurken, lehtar dışında bir üçüncü kişinin bankaya karşı kontrgaranti taahhüdünde bulunması durumunda icap beyanının tespiti önem taşıyacaktır.

Bankanın verdiği teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere lehtar dışındaki bir gerçek veya tüzel kişinin kontrgaranti taahhüdü altına girmesinin mümkün olduğunu söyledik²⁵⁴. Banka ile lehtar arasında teminat mektubu verme sözleşmesi yapılırken, bu ilişkinin teminatını teşkil etmek üzere kontrgarantinin de imzalanması gereklidir. Taraflar arasında kontrgaranti yapılmamış ise, bankanın kontrgarantiden kaynaklanan rücu imkânı söz konusu olmaz. Bu şekilde banka ile yapılan kontrgaranti taahhüdü, konumuz açısından KAG sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Dolayısıyla kontrgaranti veren konumunda olan lehtar veya lehtar dışındaki üçüncü bir gerçek veya tüzel kişi ile bankanın iradelerinin uyuşması, sözleşmenin kurulması için yeterli olacaktır²⁵⁵. Fakat Türk bankacılık uygulamasında genel olarak görüldüğü gibi, teminat mektubunun temel borç ilişkisindeki alacaklı/muhataba ulaştırılması için lehtara verilmiş olması, taraflar arasında kontrgarantinin varlığı sonucunu doğurmaz. Buna rağmen, Yargıtay, teminat mektubunun muhataba iletilmek üzere lehtara verilmesini kontrgarantinin kurulması için yeterli görmektedir²⁵⁶.

²⁵² KAHYAOĞLU, s.45.

²⁵³ Bankanın verdiği teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgarantiye, “teminat mektubu taahhütname” denildiği de olur. Bkz. AKYOL, s.196.

²⁵⁴ Eski Bankalar Kanununda lehtar dışındaki kişilerin lehtar lehine kontrgaranti vermesine sınırlama getirilmişti. Lehtar dışındaki üçüncü kişilerin lehtar yanında kefil sıfatıyla kontrgaranti vermeleri kabul edilmemişti. Ancak yeni yasada böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bkz. DOĞAN, s.241.; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “krediler” başlığını taşıyan 48.maddesinde teminat mektubu ve kontrgaranti kavramlarına rastlanır. Fakat kimin kontrgaran olarak taahhütte bulunup-bulunamayacağı konusunda bir düzenlemeye rastlanmaz. Bkz. YENİCE, Kontrgaranti, s.172.

²⁵⁵ DOĞAN, s.190-191.

²⁵⁶ DOĞAN, s.191.; Yargıtay 11.HD. 11.05.1978 2012/2453 sayılı içtihadında “ Teminat mektubu davalı tarafından bizzat bankadan alınarak Gümrük İdaresine tevdi edildiğine göre... bankanın Gümrük İdaresine(muhatab) ödediği miktarı istemesi doğaldır ve 11.06.1969 gün 1396974-6 sayılı YİBK uygulanmaz”(naklen) REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.399., Yazar, Yargıtay’ın kararında, 1969 tarihli İBK’ nın

KAG sözleşmesinde, teminat mektubu düzenleyen/kontrgaranti alan banka da icapçı olabilir. Teminat mektubu ihtiyacı olan, bankanın müşterisi konumundaki lehtar teminat mektubu için bankaya başvurduğunda, kontrgaranti iradesini de ortaya koymaktadır. Banka hemen her zaman kontrgarantiye dayanarak teminat mektubu düzenlediği için, bankanın müşterisi olan lehtara banka kontrgaranti imzalatmadan teminat mektubu vermez. KAG sözleşmesini kuracak olarak irade beyanının- teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski-ni bağımsız olarak üstlenme hususunu içermesi gerekir.

Lehtar dışındaki üçüncü kişilerin banka tarafından verilen teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere kontrgaranti veren durumunda oldukları zaman durum nasıl olacak? Lehtar genelde bankanın kredi müşterisidir. Fakat lehtar dışındaki üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi hemen her zaman bankanın müşterisi olmayan banka ile daha önce işlem yapmamış kişiler olabilir.

Bankalar verecekleri teminat mektubu garantisinin teminatını teşkil etmek üzere, teminat mektubunun içeriği, teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgarantinin içeriği ile ilgili olarak, kredi müşterileri olan lehtar ile veya lehtar dışındaki üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi üçüncü kişiler ile teminat mektubu ve kontrgarantinin içeriğinin uyumlu olmasını sağlamak için garanti veren lehtara veya diğer garanti verecek kişilere ön bilgi vermekte, ona teminat mektubu garantisi vereceğini ihbar etmektedir. Bu şekildeki irade açıklamaları icap olmayıp, sözleşme görüşmesi aşamasıdır²⁵⁷.

Banka teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgarantinin lehtar dışındaki bir gerçek ve tüzel kişi tarafından verilmesi durumunda sözleşme nasıl kurulacaktır. Burada da ilişki garanti sözleşmesi olduğu için lehtar dışındaki üçüncü kişi kontrgarantiyi imzalamakta ve bu şekilde icap iradesini sözleşmeyle bağlanma iradesini, bağımsız bir şekilde teminat

uygulanmayacağını kabul etmesi isabetli olmamıştır. Zira 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, teminat mektubu veren banka ile lehtar arasında bir akdi ilişki yoksa, bankanın lehtara rücu edemeyeceği kararlaştırılmıştır. Oysa burada Yargıtay banka, muhataba iletilmek üzere mektubu lehtara vermişse, banka ile lehtar arasında bir sözleşme ilişkisi oluştuğunu kabul etmektedir. Yargıtay’a göre, lehtar, bu mektubu muhataba vermek suretiyle bankanın ödeme halinde kendisine rücu edeceğini kabul etmektedir. Banka ile lehtar arasındaki kontrgaranti şekle bağlı olmadığından, diğer bir deyişle geçerliliği için yazılı şekilde yapılması gerekmediğinden, varılan sonuç İBK’ nın bir uygulamasından ibarettir bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.399.; Doktrinde REİSOĞLU dışında Yargıtay’ın bu kararını eleştiren DOĞAN’ a göre, kontrgarantinin kurulması için taraflar arasında, iradelerin uyuşması gereklidir. Lehtarın muhataba ulaştırılmak üzere teminat mektubunu bankadan alması tek başına kontrgarantinin varlığına karine teşkil etmez. Çünkü Türk bankacılık uygulamasında, banka mektubu muhataba değil, muhataba ulaştırması için lehtara vermektedir. Bkz. DOĞAN, s. 191.; Kanaatimizce garanti sözleşmeleri ile garanti veren ağır ve istisnai bir sorumluluk altına gireceği için sözleşmeyi kurma yönündeki irade açıklamalarının açık ve net olması gerekmektedir. Bu yönden Yargıtay’ın zikredilen kararını eleştiren REİSOĞLU ve DOĞAN ile aynı fikirdeyiz.

²⁵⁷ KAHYAOĞLU, s.45.

mektubunun paraya çevrilmesi riskini garanti ettiğini ortaya koymaktadır. Kendisine bu şekilde icap beyanı yöneltilen garanti alan konumunda olan bankanın bu kontrgarantiyi kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olur.

3.1.2. İcabın Ulaşması

İcap, muhataba ulaşması, varması gerekli irade beyanlarındandır²⁵⁸. Varma/ulaşma kavramından, icabın olağan koşullar altında muhatabın onu öğrenebileceği şekilde hâkimiyet alanına girmesi, örneğin icabın ulaşılabilecek kişiyle birlikte oturduğu kişiye veya telesekretere iletilmesi, posta kutusuna veya elektronik posta adresine gönderilmesi anlaşılmalıdır, yoksa muhatabın onu eylemli olarak öğrenmesi değil.

KAG sözleşmesi bakımından icapta bulunacak kişinin gerçek kişi veya tüzel kişi olmasına göre icabın, icap iradesinin karşı tarafa varması farklı olacaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 8’de düzenlenen hak ehliyeti ile m.9’da düzenlenen fiil ehliyetine²⁵⁹ sahip olan gerçek kişiler, kendi fiilleri ile hak elde edebildikleri gibi, borç altına da girebilirler. Bu şekilde kendi fiilleri ile hak ve borç edinebilen gerçek kişiler, KAG sözleşmesinin tarafı olarak, hukuki ilişkiyi kurma yönündeki iradelerini (icap iradesini) kendileri karşı tarafa ulaştırır, açıklarlar²⁶⁰. Böyle bir durumda, sözleşmeyi kurma iradelerinin, muhatabın (sözleşmenin diğer tarafının) hâkimiyet alanına girip girmediğinin tespiti kolay olacaktır.

KAG sözleşmesinde taraflardan biri bankadır. Sözleşmenin diğer tarafı da gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Hatta sözleşmenin karşı tarafının başka bir banka olması da mümkündür. Tüzel kişiler de TMK. m.48²⁶¹ düzenlemesi gereği gerçek kişiler gibi hak ehliyetine sahiptirler. Tüzel kişiler gerçek kişilerden farklı olarak hak ehliyetlerini organları

²⁵⁸ EREN, s.220.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 46.; Bazı beyanların tamamlanması için ayrıca bu beyanın bir başkasına karşı yapılması, ona varması aranmaz. Bu tip beyanlara varması gerekli olmayan beyanlar adı verilir. Bu beyanlara örnek vermek gerekirse, en başta vasiyetname örnek verilebilir. Bunun dışında Vakıf kurma işlemi içinde aynı şey söylenebilir. Fakat buna karşı, hukuken önemli beyanların çoğu hükümlerini doğurabilmesi için, bunların belirli bir kimseye karşı yapılması, varmaları gerekir. Örneğin, “İcap”, “kabul”, “takas”, “fesih” varması gerekli irade beyanlarına örnek gösterilebilir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 153 vd.

²⁵⁹ Fiil ehliyeti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin HATEMİ, Gerçek Kişiler Hukuku(Kısa Ders Kitabı), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005 s.21.; NOMER, s.32 vd.

²⁶⁰ KAG sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi kurma yönündeki iradelerini temsilci aracılığıyla kullanıp-kullanamayacakları şeklindeki bir soruya ileride ayrı bir başlık altında değinilecektir.

²⁶¹ TMK. m.48: “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.”

aracılığıyla kullanırlar. Ve TMK. m.49'da²⁶² tüzel kişilerin, gerekli organlara sahip olmasıyla fiil ehliyetini kazanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla tüzel kişilik fiil ehliyetini organları aracılığıyla kullanır. Bu şekilde organları aracılığıyla fiil ehliyetini kullanan bir tüzel kişiliğe yapılan icap, acaba ne zaman tüzel kişiliğin hâkimiyet alanına girmiş olur?

KAG sözleşmesinde icap beyanı garanti alan durumundaki bankaya yapılmaktadır. Olaya banka açısından baktığımızda, banka anonim şirket şeklinde kurulan tüzel kişiliği haiz şubeleri olan bir kuruluşlardır. Bankalar anonim şirket şeklinde kurulduğu için, karar organı olan genel kurul, yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu ve denetim organı olan denetim kurulundan oluşur²⁶³. Bu organlardan yönetim kurulu, ortaklığın yönetim ve temsil organı olduğu için icap beyanının muhatabı da aslında yönetim kuruludur. Fakat her durumda bu kuralın uygulanması mümkün değildir. Ticaret hayatının getirdiği sürat ve canlılık, şirketlerin muhatapları ile yaptıkları hukuki ilişkilerin çoğunda temsilci kullanmalarını gerektirmiştir. Bu şekilde şirketler adına hareket edenler tüzel kişiliğin organı olmamalarına rağmen, tüzel kişiyi temsile yetkili olmaktadır. Bu şekilde tüzel kişilik adına süreklilik arz eden işlemlerin yapılması konusunda iradelerin oluşmasına katkı sağlayan temsile yetkililer “fiili organ” olarak adlandırılmaktadır²⁶⁴. İşlem hayatında tüzel kişi adına bu şekilde hukuki işlem ehliyetini kullanan, fiili organa yapılan icap tüzel kişiliğin kendisine yapılmış kabul edilmelidir.²⁶⁵ Bu şekildeki bir kabul günümüz ekonomik ve ticari hayatın sürati ve dinamizminin doğal bir sonudur.

3.1.3-İcabın Kapsamı (İcap Sözleşmenin Objektif Ve Subjektif Yönden Esaslı Unsurları Kapsamalıdır)

İcap, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermelidir²⁶⁶. Bir sözleşmenin esaslı unsurları, o sözleşme ilişkisinin taraflarına getirdiği asli yükümlülükler olan objektif esaslı unsurlar²⁶⁷ ile

²⁶² TMK.m.49: “ Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.”

²⁶³ Anonim şirketlerde organlar ve görevleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Mehmet BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, Dersler Soru Örnekleri, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul Eylül 2006., s.71 vd.

²⁶⁴ Mustafa DURAL/Tufan ÖGÜZ, Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku, C.II, İstanbul: , Filiz Kitabevi 2004, s.233 vd.

²⁶⁵ EREN, s.226-227.

²⁶⁶ BİRSEN, s. 40.; EREN, s.220.; NOMER, s.20.; AYBAY, s. 23 vd.; KILIÇOĞLU, s. 40 vd.

²⁶⁷ EREN, s.220. Örneğin bir satım sözleşmesinde satılan şey ile satım parası gibi objektif esaslı noktalar, icap irade beyanında açıkça belirtilmelidir.

sözleşmenin kurulmasının taraflarca bazı yan noktalar üzerinde de anlaşma sağlanması şartına bağlı tutulduğu subjektif esaslı unsurlar²⁶⁸ olarak ikiye ayrılır.

KAG sözleşmesinde taraf iradelerinin teminat altına alınan risk ile bu riskin bağımsız bir şekilde üstlenildiği konusunda uyuşması gerekir. Bu noktada garanti veren tarafın icap beyanında, açıkça garanti alan (banka) tarafın teminat mektubunun paraya çevrilmesi riskini bağımsız bir şekilde üstlendiğini beyan etmesi gereklidir. İcapçı garanti alan taraf ise riskin bağımsız bir şekilde üstlenilmesini istediğini açık ve net bir şekilde beyan etmelidir.

İcap, kural olarak icapta bulunanı bağlar²⁶⁹. Bu icabın bağlayıcılığı ilkesinin sonucudur²⁷⁰. Konumuz açısından bir riskin üstlenilmesi teklifi ve üstlenildiği hususunun karşı tarafa ulaştığı anda, az önce bahsettiğimiz -icabın bağlayıcılığı ilkesi- uyarınca artık serbestçe geri alınamaz.

3.1.4-KAG Sözleşmesinde Kabul

Kabul beyanı, icaba uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine imkan sağlayan, varması gerekli, tek taraflı bir irade açıklamasıdır²⁷¹. Kabul beyanı da icap gibi, etkili olabilmesi için karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanıdır. Kabulün icaptan farkı zaman bakımından sonra yapılmasıdır. Bir sözleşmede her iki tarafta hem icapçı hem kabulcü olabilir. Kabulde icap gibi, açık olabileceği gibi, zımni de olabilir²⁷². Yine kabul açıklaması da icap gibi herhangi bir şekil şartına tabi değildir²⁷³. Tez konumuz açısından KAG sözleşmesi BK. m.11 gereği, herhangi bir şekil şartına tabi olmadığından, sözleşmenin kurulması için zaman bakımından sonra açıklanan irade açıklaması olan kabul beyanın da herhangi bir şekle bağlı olmadan beyanı mümkündür²⁷⁴.

²⁶⁸ EREN, s.220. İcap sahibi sözleşmenin kurulmasını, bazı yan noktalar üzerinde anlaşma sağlanmasına bağlıyorsa, bunlar, subjektif asli noktalar olduğundan, icap beyanında tam ve açık olarak belirtilmelidir.; Örneğin, somut olayın durumuna göre malın teslim tarihi alıcı veya satıcı için özel bir öneme sahip olabilir. Bu durumda tarafların özel verdikleri ve sözleşmede olmazsa olmaz gördükleri ilave unsurlar da sözleşmenin esaslı unsurlarıdır (subjektif esaslı unsurlar); NOMER, s.20.

²⁶⁹ BİRSEN, s. 43.

²⁷⁰ EREN, s.224.;OĞUZMAN/ÖZ, s.57.; NOMER, s.20.

²⁷¹ BİRSEN, s. 50 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.117.;EREN, s.228.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.121.; KILIÇOĞLU, s. 48.; AYBAY, s.29.

²⁷² OĞUZMAN/BARLAS, s. 133 vd.; EREN, s.229.; Zımni irade beyanıyla kabul durumuna örnek olarak BK. m.387’de, vekilliği bir meslek olarak yapan kimseye karşı yapılan icap derhal reddedilmezse, kabul edilmiş sayılır ve vekalet sözleşmesi kurulur. Bkz. AYBAY, s.30.

²⁷³ EREN, s.231-232.

²⁷⁴ KAG sözleşmesinin şekli için bkz. İleride “KAG sözleşmesinde şekil” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

KAG sözleşmesi, garanti ettiği banka teminat mektubunun muhataba hitaben ve iletilmek üzere lehtara verilmesi kontrgarantinin kurulması için yeterlidir²⁷⁵. Fakat bununla birlikte, uygulamada, kontrgaranti (KAG sözleşmesi), bu isimde ayrı bir sözleşme veya bankanın genel limitli bir kredi sözleşmesi içinde yer alan maddeler ya da bankanın kabulü ile sözleşmeye dönüşen bir taahhütname şeklinde yapıldığı görülmektedir²⁷⁶. Bankanın kabulü ile sözleşmeye dönüşen bir kontrgaranti taahhüdünde, taahhütte bulunan kontrgaranti veren icapçı olmakta buna karşın bu taahhüdü kabul ederek taahhüdün sözleşmeye dönüşmesini sağlayan bankanın beyanı kabul beyanı olmaktadır.

KAG sözleşmesinde garanti veren sözleşme kurma iradesini hukuki ilişkinin karşı tarafına yöneltir. Garanti veren, garanti alan tarafın karşı karşıya olduğu riski bağımsız bir şekilde üstlendiği şeklindeki iradesini, sözleşme kurma iradesini icap şeklinde beyan eder. Fakat garanti veren tarafın bu tek taraflı, bağlayıcı irade beyanı tek başına sözleşmeyi kurmak için yeterli değildir. Garanti veren tarafın bu şekildeki irade açıklamasıyla uyumlu ve bu iradeye uygun biraz önce açıkladığımız kabul iradesine ihtiyaç vardır. Bu şekilde kabul beyanının da açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olur. Olması gereken de budur. Fakat uygulama da banka lehtar veya lehtar dışındaki üçüncü bir gerçek veya tüzel kişiden kontrgaranti taahhüdü almadan teminat mektubu vermemektedir. Çünkü banka teminat mektubu vermekle ağır ve istisnai bir sorumluluk altına girmektedir. Banka, teminat mektubunda garanti ettiği riskin gerçekleştiğinin yazılı olarak kendisine ulaştırılması durumunda derhal ödeme yapmak durumundadır. Bu şekilde teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski ile karşı karşıya kalacak olan banka daha başlangıçta teminat mektubunu düzenlerken eş zamanlı olarak kontrgaranti taahhüdünü kontrgaranti veren tarafa imzalatmaktadır. Hal böyle olunca, KAG sözleşmesinde banka ile kontrgaranti ilişkisine giren taraf sözleşmeyi müzakere etmeden çoğu zaman kontrgaranti veren önüne konulan kontrgaranti metnini imzalamaktadır. Zaten uygulamada kontrgaranti metnine teminat mektubundaki kayıtların aynısı konulmaktadır²⁷⁷. Kontrgaranti metnini çoğu zaman kontrgaranti ilişkisinde garanti alan konumunda bulunan banka kendisi hazırlamaktadır. Bu şekilde kontrgaranti metnini hazırlayıp, kontrgaranti verecek olan kişiye imzalatması için gönderen banka kontrgaranti ilişkisi bakımından icapçı olmaktadır. Kendisine bu şekilde kontrgaranti metni gönderilen kontrgaranti veren de kontrgaranti metnindeki teminat mektubu

²⁷⁵ Bu konuda daha önce yaptığımız açıklamalar için bkz. 256 nolu dp'ta yer verdiğimiz açıklamalar.

²⁷⁶ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.395.; YENİCE, Kontrgaranti, s.180.

²⁷⁷ PAMUKÇU, s.64 vd.

riskini bağımsız olarak üstleneceği beyanını sözleşme metnine imza atarak beyan etmektedir. Garanti veren kabulcü olmaktadır. Ve bu şekilde KAG sözleşmesi kurulmaktadır.

Kabul açıklaması da icap açıklaması gibi sarıh (açık) olarak yapılabileceği gibi zımni bir şekilde de yapılabilir. Bu genel bir kuraldır. Fakat bu kural KAG sözleşmesinde uygulanmayacaktır. Zira sözleşmeyle garanti veren kefalette kefilin sahip olduğu savunma(itiraz ve defî) imkânlarına sahip olmadan ve yasadan kaynaklı rücu hakkına sahip olmadan bağımsız bir yükümlülükle bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riskini garanti ettiği için, garanti verenin kabulcü olduğu durumda kabul iradesinin açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Aynı şekilde garanti alan bankanın kabulcü olduğu durumda, teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski garanti edildiği için kendisine yöneltilen kontrgaranti ilişkisi kurma şeklindeki icaba karşı kabul iradesinin açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Fakat daha önce yer verildiği gibi Yargıtay zımni irade beyanıyla kontrgarantinin kurulmasını kabul etmektedir²⁷⁸.

Kabul açıklaması, KAG sözleşmesinin kurulmasına yol açan, kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına yönelik bir işlemdir²⁷⁹. Bu şekilde bir irade açıklaması olan kabul beyanının belirli bir kişiye yöneltilmesi gerekir. Kabul beyanının muhatabının belli olması ile beraber BK. m.1'in sözleşmenin karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile oluşacağı şeklindeki hükmü gerçekleşmiş olacak ve dolayısıyla KAG sözleşmesi de kurulmuş olacaktır²⁸⁰.

3.1.5-KAG Sözleşmesinde İcap Veya Kabul Açıklamalarının Temsilci Aracılığıyla Yapılması

Bir sözleşmenin tarafları, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarını kendileri bizzat yapabilecekleri gibi, bunu bir temsilci aracılığıyla da yapabilirler. Bu durumda, hukuksal işlemin tarafları ile bunu yapanlar farklı kişilerdir. İrade açıklamaları temsilci aracılığıyla yapıldığında hukuksal işlem/sözleşme temsilci tarafından yapıldığı halde,

²⁷⁸ Yargıtay 11. HD.'nin 11.05.1978 tarihli 2012/2453 sayılı kararı için bkz. 256 nolu dp.

²⁷⁹ EREN, s. 228 vd.

²⁸⁰ BK. m.1 hükmü gereği karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bu sözleşmesinin, kurulduğu an ile ilgili, "sözleşmenin meydana geldiği anı açıklayan teoriler" başlığı altında dört tane teori kabul edilmektedir. Bu teoriler: "Açıklama teorisi", "Gönderme teorisi", "Varma teorisi" ve "Öğrenme teorisi"dir. Bu teoriler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 234-235.; Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında yapıldığı durumlarda, sözleşmenin kurulması anı ile ilgili olarak Pandekt hukukundan gelen belli başlı 4 teori bulunmaktadır. Bunlar: "İzhar(veya açıklama) teorisi", "İrsal (veya gönderme) teorisi", "Vüsul (veya varma) teorisi", "İttıla (veya öğrenme) teorisi"dır. Bu teorilerden hiçbirisi mutlak olarak tatmin edici değildir. Her bir teori hayat ihtiyaçlarına tam olarak karşılayamamaktadır. Sözleşmenin kurulması anı için mevcut kabul edilen bu teoriler ve bunların eleştirisi için Bkz. SAYMEN/ELBİR, s.124 vd.

hüküm ve sonuçları temsil olunan ait olacaktır²⁸¹. Aynı durum KAG sözleşmesi için de geçerlidir. Ekonomik ve ticari hayatın hızı teknolojik gelişmelere bağlı olarak düşünüldüğünde, sözleşmelerin çoğu zaman hazır olmayanlar arasında yapıldığı görülmektedir²⁸².

KAG sözleşmesinde sözleşme taraflarının tüzel kişi olduğu durumlarda şu ayırıma dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada kastedilen tüzel kişinin organları aracılığı ile fiil ehliyetini kullanması, iradesini açıkladığı kişiler hukukuna özgü temsil ile teknik anlamda temsilin birbirinden farklı oluşudur. Tüzel kişinin organı onun temsilcisi değildir. Ve açıkladığı irade bizzat tüzel kişinin iradesidir. Oysa temsilci yolu ile yapılan hukuki işlemlerde temsilci kendi iradesini açıklar²⁸³.

Tez konumuz açısından temsile ilişkin ayırımların tamamı anlatılmayacak,²⁸⁴ sadece bizi ilgilendiren kadarıyla doğrudan doğruya temsil²⁸⁵ ile- dolaylı temsil²⁸⁶ anlatılacaktır. BK' muzun 32-39 ncu maddeleri arasında düzenlenen doğrudan doğruya temsil, temsil kurumunun olağan şeklidir. Bu temsil şeklinde, bir kişinin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak, başka bir şahıs ad ve hesabına hukuki işlem yapılması söz konusudur. Burada hukuki işlem sonuçlarını kendiliğinden, başka bir işleme gerek kalmadan, doğrudan doğruya temsil olunan kişinin hukuk alanında doğurur²⁸⁷. Yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçların sahibi, temsil olunandır. Burada temsilci, temsil olunan adına irade açıklamasında bulunduğundan, yapılan hukuki işleme ilişkin irade açıklaması o an için kendisine ait olsa da, hukuki işlemin sonuçları temsil olunanı bağlar. Bu durum temsilcinin sahip olduğu temsil yetkisinin doğal sonucudur²⁸⁸. Sözleşme tarafları kendilerine yöneltilen irade açıklamasının aslında temsil olunanı (temsil yetkisini vereni) bağlayacağını bildikleri sürece, kontrgarantin/KAG

²⁸¹SAYMEN/ELBİR, s. 289.; KILIÇOĞLU, s.156.; Temsil kurumu ile ilgili, kavram, temsilin amacı, bu kurumun benzer kurumlardan farkı ve türleri için bkz. KILIÇOĞLU, s.156 vd.; EREN, s.383 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 163 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.219 vd.

²⁸² SAYMEN/ELBİR, s. 284.

²⁸³ EREN, s.388.

²⁸⁴ Temsile ilişkin yapılan çeşitli ayırımlar vardır. Bunlar, doğrudan doğruya temsil-dolaylı temsil, aktif temsil-pasif temsil, iradi temsil-kanuni temsil. Bu temsil çeşitleri hakkında geniş bilgi için bkz. EREN, s.386 vd.; Doğrudan doğruya temsil-dolaylı temsil kavramları yerine, vasıtasız ve vasıtalı temsil kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s.288 vd.

²⁸⁵ Cevdet YAVUZ, Türk-İşviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, (Dolaylı Temsil), Doktora Tezi, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 24. YAVUZ **baskası adına hareket etme** ve **baskası hesabına hareket etme** doğrudan temsilin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli iki unsur olarak kabul eder.

²⁸⁶ Dolaylı temsil'e ilişkin olarak hem yabancı yazarların hem de yerli yazarların verdikleri tanımlar için bkz. YAVUZ, Dolaylı Temsil, s. 15 vd., Yazar, Dolaylı temsile ilişkin doktrindeki tanımlara yer verdikten sonra, kendisi şöyle bir tanım vermektedir: "Dolaylı temsil yetkisi, bir kimsenin, hukuki muamelelerde sadece dolaylı tarzda temsil edilmesini mümkün kılan yetki olarak tanımlanabilecektir." YAVUZ, Dolaylı Temsil, s. 23

²⁸⁷ EREN, s.386.; KILIÇOĞLU, s.159.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.221 vd.

²⁸⁸ EREN, s.386.

sözleşmesinin doğrudan temsil/temsilci aracılığı ile kurulmasında sakınca yoktur. KAG sözleşmesi açısından bahsedilen temsilci, kontrgaranti veren veya kontrgaranti alanın vekili ya da istihdam ettiği bir kimse olabileceği gibi, taraflar ile aralarında herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmayan bir üçüncü kişi de olabilir.

KAG sözleşmesi kontrgaranti veren ile banka arasında kurulur. Sözleşmenin konusu bankanın lehtara açmış olduğu teminat kredisinin teminatı, yani teminat mektubu veren bankanın riskinin garanti edilmesidir. Bu şekilde bankanın riski lehtar tarafından garanti edilebileceği gibi, lehtar dışındaki üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi tarafından da kontrgaranti taahhüdü (KAG sözleşmesi) ile garanti edilebilir. Böyle bir durumda kontrgarantinin üçüncü kişi tarafından imzalanıp bankaya lehtar aracılığıyla verildiği durumlarda acaba lehtar temsilci durumuna mı geçecektir? Bu soruya olumlu cevap veremeyiz. Zira Lehtar burada temsilci değil de ancak haberci (muhabir)²⁸⁹ olabilir. Burada lehtar temsilci olmayıp fiili bir görev ile kontrgarantiyi bankaya/garanti alana ulaştırmaktadır. Dolayısıyla lehtarın burada yaptığı görev fiili bir görevdir.

Dolaylı temsil²⁹⁰ ilişkisinde, bir kişi, dolaylı temsil olunan hesabına ve kendi adına bir üçüncü kişi ile hukuki işlem yapmaktadır²⁹¹. Böylece kendi adına hareket eden dolaylı temsilcinin taraf olduğu hukuki işlemin sonuçları da önce kendi üzerinde doğar. Dolaylı temsilde iki hukuksal işlem söz konusudur. Birinci aşamada, temsilci üçüncü kişiyle kendi adına fakat temsil olunan hesabına işlem yapar. Daha sonra, bu işlemin sonuçlarının temsil olunana devir edildiği ikinci işlem yapılır²⁹².

KAG sözleşmesinde dolaylı temsilin mümkün olup olmadığı, sözleşmenin taraflarına göre değişiklik arz etmektedir. KAG sözleşmesinde garanti veren bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. Bu durumda garanti alan için garanti veren tarafın kimliği, malvarlığı (ekonomik) durumu ve itibarı gibi özellikleri önem arz eder. Zira teminat mektubu veren banka kendini garanti altına almak için bu şekilde araştırma yapmak durumunda ve zorundadır. Ve kendisinden her teminat mektubu isteyen kişilere de teminat mektubu

²⁸⁹ Haberci bir iradeyi olduğu gibi başkasına ulaştıran, bunu değiştirmeyen, kendi iradesini kullanmayan kişidir. Haberci (muhabir) sadece kendisine beyan edilmiş iradeyi karşı tarafa ulaştırır. Temsilde ise temsilci, temsil olunan adına ve hesabına hareket etmektedir. Haberci-Temsilci ayrımı için bkz. KILIÇOĞLU, s.158.

²⁹⁰ Dolaylı temsil birçok ülkenin kanunlarında kendine özgü bir müessese olarak düzenlenmemiştir. Fransız Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda bu müessesenin adı konularak düzenlendiği söylenemez. Buna karşın İtalyan Medeni Kanununun bazı yerlerinde dolaylı temsil düzenlenmiştir. Bkz. YAVUZ, Dolaylı Temsil, s.7-8.; Temsil dolaylı ve dolaysız temsil olmak üzere ikiye ayrılır. Fakat temsil tabiri esas itibarıyla dolaysız temsili ifade eder. Bkz. NOMER, s.56.

²⁹¹ EREN, s.388.

²⁹² SAYMEN/ELBİR, s. 287.

vermemektedir. Garanti verenin kendisini dolaylı temsilci ile temsil ettirmesi durumunda, garanti alan banka için az önce izah ettiğimiz garanti veren tarafın özellikleri önem arz edeceğinden, garanti alan banka açısından garanti veren hakkında sağlıklı bilgiye sahip olma imkânı azalmaktadır. Bunun dışında sözleşmenin sağladığı risk ve bağımsızlık unsurları dolaylı temsilcinin üzerinde doğmayacağından, dolaylı temsilin mümkün olmayacağını söylemek zor olmayacaktır.

Garanti alanın kendisini dolaylı temsilci ile temsil ettirdiği durumlarda, garanti alan bankanın kişisel özelliklerinin garanti veren tarafça önemli olmadığı durumlarda, KAG sözleşmesinin dolaylı temsil şeklinde kurulması mümkündür.

3.2- KAG SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

KAG sözleşmesine ilişkin yasal düzenleme olmadığı için, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin de herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Yani sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olarak özel geçerlilik koşulları söz konusu değildir. Böyle olunca konuya genel hükümlerden hareketle değinilecektir.

Bir sözleşmenin geçerliliğinden²⁹³ söz edebilmek için öncelikle sözleşmenin var olması, yani hukuk sahasında bir sözleşme ilişkisinin doğmuş olması gereklidir. Bunun için de sözleşme taraflarının, sözleşmenin objektif esaslı unsurları konusunda birbirine uygun irade beyanlarının olması gerekli ve yeterlidir²⁹⁴. Bu hususlardan birinin olmaması veya irade beyanlarının bulunmaması halinde yapılacak sözleşme açısından yokluk yaptırımı söz konusu olacaktır²⁹⁵. KAG sözleşmesi açısından da yasal düzenleme olmamasına rağmen, sözleşme taraflarının, bankanın temel borç ilişkisinden kaynaklanan risk gerçekleştiğinde ve muhatap tarafından teminat mektubu veren bankaya yazılı olarak başvurulduğunda ve bankanın ödeme yapmak zorunda kaldığı durumda ve bundan banka açısından doğacak risk ve bu riskin

²⁹³ KILIÇOĞLU, s.61., Yazar Borçlar Hukuku Genel Hükümler adlı eserinde bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, şu unsurların bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu unsurlar şunlardır: a-Sözleşme ehliyeti, b- Hukuka ahlaka adaba uygunluk, ifa imkansızlığının bulunmaması, c- İrade ile beyan arasında uyum, d- Geçerlilik şeklinin arandığı hallerde bu şekle uygunluk., Bu unsurlardan herhangi birinin eksikliği halinde ortada bir irade açıklaması bulunmasına rağmen, bu irade bir borç doğurmayacaktır.

²⁹⁴ EREN, s. 218 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.97 vd.; KILIÇOĞLU, s.159 vd.

²⁹⁵ Yokluk ve geçersizlik kavramları birbirinden farklıdır. Yokluk yaptırımı, sözleşmenin, meydana gelmesi, kurulmasıyla ilgilidir. Kurucu unsurları ihtiva etmeyen bir sözleşme, kurulmamış, meydana gelmemiş bir sözleşmedir. Hukuk düzeni, kurucu unsurlardan yoksun bir sözleşmeye yokluk müeyyidesini bağlamıştır. Geçersizlik (hükümsüzlük) ise sözleşmenin kurucu unsurlarıyla değil, geçerlik unsurlarıyla ilgilidir. Kurucu unsurlar sözleşmeyi kurar; geçerlik unsurları ise kurulmuş bir sözleşmenin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlar. Geçerlik, sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olur. Kurulmamış bir sözleşmenin geçerliği veya geçersizliğinden söz edilemez. EREN, s.298-298.

bağımsız bir şekilde yükümlendiği konusunda taraf iradelerinin uyuşması gerekmektedir. KAG sözleşmesi için taraf iradelerinin uyuşması gereken objektif esaslı unsurlar risk ve bağımsız bir yükümlülük üstlenilmesidir. Kontrgaranti ilişkisi ile yükümlülük altına giren kontrgaran, hem bankanın teminat mektubu ile garanti ettiği temel ilişkiden hem de teminat mektubu temin etme ilişkisinden bağımsız olarak yükümlülük altına girmektedir²⁹⁶.

Hukuk sistemimizde, kurulmuş bir sözleşme için öngörölmüş geçersizlik yaptırımlarının en ağırı kesin hükümsüzlüktür²⁹⁷. İnceleme konumuz açısından geçersizlik hallerinin bazıları özellik arz etmekte iken; bazıları özellik arz etmemektedir. Bu hallerden; sözleşme taraflarının ehliyeti, sözleşme konusunun kanuna, emredici hükümlere, ahlâk ve adaba aykırılığı, sözleşme konusunun imkânsızlığı ve irade sakatlıkları hallerine aşağıda ayrıca yer verilecektir. Bahsedilen geçersizlik hallerinde geçersizliğin durumuna göre yaptırımın ağırlığı farklılık arz edecektir.

KAG sözleşmesinin yasada düzenlenmediğine yukarıda değindik. Yasada düzenlenmemiş olan KAG sözleşmesi için kefaletten farklı olarak bir geçerlilik (sıhhat) şekli öngörölmüş değildir²⁹⁸. Hal böyle olunca, sözleşmenin tarafları sözleşmenin kurulmasına yönelik iradelerini herhangi bir şekil şartına bağılı olmaksızın açıklayabilirler. Hatta taraflar sözleşmeyi sözlü dahi yapabilirler. Buna karşılık herhangi bir şekil şartına tabi olmayan, KAG sözleşmesini taraflar bir geçerlilik veya ispat şartı olarak iradi şekle tabi tutulmalarının önünde herhangi bir engel yoktur²⁹⁹. KAG sözleşmesinin banka garantisi olarak ortaya çıktığı hallerde, uygulamada sözleşme her zaman yazılı şekilde yapılmaktadır. Dolayısı ile yasanın geçerlilik şartına tabi tutmadığı bu sözleşmede, banka uygulamasının etkisi ile bir ispat şartı olarak yazılı şeklin kural haline geldiğini rahatlıkla söylenebilir.

KAG sözleşmelerinde, sözleşme taraflarının ehliyetleri konusunda yasada herhangi bir emredici düzenleme olmadığı için, ehliyet konusunda da genel hükümlerin uygulanması sonucunu doğurur.

²⁹⁶ YENİCE, Kontrgaranti, s.176.

²⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 126 vd.

²⁹⁸ “Şekil, iradenin muayyen bir tarzda veya muayyen vasıtalar ile beyan edilmesi demektir.” Sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasının faydaları ve sakıncaları ile ilgili olarak bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 197 vd.; EREN, s. 237 vd. KILIÇOĞLU, s.71 vd.; EREN, s.236 vd.; Kefalet sözleşmesinin geçerlik şartı olarak hangi şekilde yapılması konusunda BK’da açık düzenleme bulunmaktadır. Buna göre kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Kefalet sözleşmesinin şeklinde ilişkin olarak BK tasarısında mevcut düzenlemeden daha sıkı şekil şartı düzenlenmiştir. Kefaletin şekil şartı ile ilgili olarak mevcut düzenleme ile tasarıdaki düzenleme hakkında daha önce 193 nolu dp’ ta yaptığımız açıklamalar.

²⁹⁹ FRANKO, s.570.

3.2.1-KAG Sözleşmesinde Şekil

KAG sözleşmesinin pozitif yasal düzenlemesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla ne BK’ da ne de diğer yasalarımızda KAG sözleşmesine ilişkin, sözleşmenin şekil şartına ilişkin olarak emredici hükümler bulunmamaktadır. Sözleşmenin geçerlilik şekli konusunda özel bir yasal düzenleme olmadığı için bu konuda genel hükümler uygulama alanı bulur. BK. m.11/I’ de³⁰⁰ düzenlenen şekil serbestisi ilkesi³⁰¹ KAG sözleşmesi açısından da geçerlidir.

Şekil serbestisi prensibi, sözleşmelerde daha doğrusu hukuki ilişkilerde ilişkinin geçerliliği açısından Borçlar Kanunu sistemimize hâkimdir. Bunun dışında, kanunun özel bir hükümle şekil zorunluluğu getirdiği irade beyanları ve dolayısıyla hukuki işlemler bu ilkenin dışındadır³⁰². Yani kanun, bazı sözleşmelerin geçerli olarak meydana gelmesini, belirli bir şekil şartına tabi tutmuştur³⁰³.

Sözleşmenin kurucu unsuru olan icap ve kabul adını verdiğimiz iradelerin geçerliliği için belli bir şekilde açıklanmasının zorunlu olup olmadığı sözleşmelerin şekle bağlı olup olmaması ilgili bir sorundur. Eğer sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması öngörülmüş ve fakat sözleşme bu şekilde kurulmamışsa, sözleşme geçerli olarak kurulmamış olacaktır. Burada kastedilen şekil sözleşmenin geçerliliği ile ilgili olan şekildir. Bunun dışında eğer bir sözleşme için şekil şartı öngörülmemiş ise, sözleşmenin sözlü bir şekilde yapılması da mümkündür. Fakat burada, sözleşmede şekil şartı söz konusu olmadığı için sözleşme sözlü olarak yapıldığında, acaba, yazılı şekle bağlı olmadan yapılan böyle bir sözleşmeye bağlı olarak bir uyumsuzluk doğduğunda, yapılan bu işlemin ispatı nasıl olacaktır. Bu durumda

³⁰⁰ Akitlerin Şekli kenar başlık BK. m.11 hükmü şöyledir. “ *Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir.*

Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.” Hüküm hukukumuzda şekil serbestisinin hakim olduğunu düzenlemektedir.

³⁰¹ Hukukumuzda şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Hukukumuzda şekil serbestisinin hâkim olması, sözleşmelerin ve dolayısıyla hukuki işlemlerin şekilsiz olarak yapılması anlamına gelmemektedir. Asıl mesele sözleşmenin hangi şekle tabi olarak yapılacağıdır. Zira hukuk sistemimiz kural olarak taraflara belirli bir şekil emretmemekte ve şekil seçme serbestisi tanımaktadır. Bkz. Adnan TUĞ, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 1994., s.28.; SAYMEN/ELBİR, s. 201.; OĞUZMAN/ÖZ, s.116.

³⁰² İsviçre Hukukunda da Türk Hukukunda olduğu gibi sözleşmelerin şekli açısından şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Bkz. TUĞ, s.28.; EREN, s.239.; KILIÇOĞLU, s.71 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 129 vd.;

³⁰³ Kanunun şekil şartına tabi tuttuğu sözleşmelere örnek olarak, BK. m.213’e göre, taşınmaz satım sözleşmesinin geçerli olması için, resmi şekilde yapılması gerekir. BK. m.238/I’ e göre, taşınır bir mala ilişkin olarak bağışlama taahhüdünün geçerli olması, yazılı olmasına bağlıdır. Yine taşınmaz malların bağışlama taahhüdünün de resmi şekilde yapılması gerekir. Aksi halde yapılan işlemler geçerli olarak meydana gelmez. EREN, s.201.

sözleşmenin yazılı şekilde yapılması geçerlilik açısından değil de ispat açısından önem arz edecektir. Bu son durumda kastedilen hukuki işlemlerde ispat şartıdır³⁰⁴.

KAG sözleşmesinin kurulması için, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradeler herhangi bir şekle uyulmadan açıklanabilir, sözleşme sözlü dahi kurulabilir³⁰⁵. KAG sözleşmesinin yapılmasını taraflar bir geçerlilik veya ispat şartı olarak iradi şekle tabi tutulabilir. Bunun önünde herhangi bir yasal engel söz konusu değildir³⁰⁶.

KAG sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarından biri banka olmaktadır. Sözleşmenin taraflarından biri banka olduğu için sözleşme banka garantisi şeklinde ortaya çıkmakta ve uygulamada sözleşme her zaman yazılı şekilde yapılmaktadır. Dolayısıyla yasanın geçerlilik şartına tabi tutmadığı bu sözleşmede, banka uygulamasının etkisi ile bir ispat şartı olarak yazılı şekil kural halini almıştır³⁰⁷.

Kontrgaranti, özellikle uluslar arası bankacılık sistemlerinde kullanılır. Zira kontrgarantinin sağladığı güvenceye, farklı hukuk ve kültür çevrelerinden gelen taraflar arasında yapılan uluslararası sözleşmelerde daha çok ihtiyaç duyulmaktadır³⁰⁸. Hal böyle olunca yapılacak kontrgarantinin ve konumuz açısından KAG sözleşmesinin kaleme alındığı

³⁰⁴ KILIÇOĞLU, s.71 vd.; EREN, s.236 vd.

³⁰⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.399. Yazar'a göre, kontrgarantinin geçerliliği yazılı şekle bağlı değildir. Banka ile sözlü bir mutabakat ile de kontrgaranti kurulabilir. Fakat ispat açısından kontrgarantinin yazılı olması aranacağından, bankalar ancak çok güvendikleri müşterilerinin sözlü talimatıyla yetineceklerdir.

³⁰⁶ BK. m. 16/I “ İki taraf kanunen hususi bir şekle tabi olmayan bir akdin hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise akit takarrür eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamaz.”

Tarafların anlaşmasından kaynaklanan geçerlilik şekli olarak yasada yerini bulan BK. m. 16'ya göre, bir sözleşme yasa tarafından geçerlilik şekline bağlanmadığı halde, taraflarca böyle bir şekle bağlanmış olabilir. Bu durumda sözleşme bu şekle uygun yapılmadığı takdirde geçersizdir SAYMEN/ELBİR, s. 220 vd.; KILIÇOĞLU, s.73 vd.; EREN, s.241 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 117.

³⁰⁷ Borçlar Kanunu Tasarısında kefalet sözleşmesinin uygulama başlıklı 603. Maddesi ile kişisel teminat sözleşmelerinin tümü kefaletin şekil şartlarına tabi tutulmaktadır. Gerçekten, BKT. m.603 (Uygulama alanı): “ Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.” hükmünü içermektedir. YAVUZ' a göre, Tasarının bu maddesi “818 sayılı Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmeyen, ‘E. Uygulama alanı’ kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 603 üncü maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir. Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.” Bkz. YAVUZ, Tasarı, s.474-475.; YÜCE, s.60.; Tasarının yasalasmalı ile Kanun koyucunun, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmasının önlenmesini amaçladığı kabul edilse bile, özellikle garanti sözleşmesi gibi uygulamada çok sık kurulan bir sözleşmeye ilişkin olarak BK’ da açıkça bir düzenleme yapması daha doğru olur. Sözleşmenin şekli konularda az önce yer verilen madde gibi bir düzenleme ile diğer kişisel teminat sözleşmelerini de sadece tek bir yönüyle içine alacak bir düzenlemeden ziyade, sözleşmenin tanımından, geçerlilik şartlarına, unsurlarından konusuna ve sona erme sebeplerine açıkça yer verecek düzenleme yapması daha doğru olur.

³⁰⁸ YENİCE, Kontrgaranti, s. 181.

dil hangisi olacaktır. Acaba sözleşmenin Türkçe dışındaki bir dilde kaleme alınması sözleşmenin geçerliliğini etkiler mi?

KAG sözleşmesinde taraf iradelerinin birbiri ile uyuşması sonucu kurulur. Taraf iradeleri uyuştugu sürece, yapılacak sözleşmenin veya taahhütnamenin Türkçe’ den başka bir dille kaleme alınmasında sakınca yoktur. Ülke dışındaki işlemlerde çoğu kez yapılacak sözleşmenin dili olarak İngilizce seçilir³⁰⁹. Sözleşmenin taraflarının gerçek kişiler olduğu hallerde, tarafların sözleşmeyi anlamaları ve iradelerinin uyuşması yeterli olmasına rağmen, taraflardan birinin iktisadi bir müessese olması durumunda sonuç değişecektir. “İktisadi Müesseselerde Zorunlu Türkçe Kullanılması Hakkında Kanunu” un 1.maddesine³¹⁰ göre, KAG sözleşmesinin taraflarından birinin, TTK’ da öngörülen ortaklık tiplerinden olması durumunda, karşı taraf yabancı olmadığı sürece, sözleşmenin dilinin Türkçe olması gerekir. Yine Türk bankaları tarafından Türkiye’deki lehtarlardan alınan kontrgarantiler ve bunlara dayanarak Türkiye’deki muhataplara hitaben düzenlenen teminat mektupları kural olarak Türkçe düzenlenmekte, bu açıdan bir sorun bulunmamaktadır³¹¹. Yabancı bankaların Türklere hitaben verecekleri garantilerde, Türkçe’ den başka bir dil ilaveten kullanılabilirse de, asıl olan Türkçe olup, sorumlu imzaların Türkçe metne atılması zorunludur (805 sayılı yasa m.2,3)³¹². Konuyla ilgili olarak Yargıtay, banka garantisi metnindeki bazı şartların yabancı dilde yazılması karşısında 805 sayılı yasaya dayanarak anılan şartların geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay 11.HD. 1979 tarihli bir kararında³¹³, davalı bankanın metne İngilizce olarak “vade” şartına dayanamayacağına hükmetmiştir. Yine Yargıtay 11.HD. 1 yıl sonra(1980 yılında)³¹⁴ verdiği benzer nitelikli başka bir kararında teminat mektubuna “Fransızca” olarak yazılan “belgelendirme” şartının 805 sayılı yasanın 4. Maddesi uyarınca davalı banka yararına dikkate alınmamasının lazım geldiğini ifade etmektedir. Yargıtay’ın bu kararından sonra doktrinde TANDOĞAN,³¹⁵ 805 sayılı yasaya aykırı olarak yabancı dilde düzenlenmiş veya yabancı dilde şartlar içeren sözleşmeler geçersiz olmayacak, sadece bu

³⁰⁹ YENİCE, Kontrgaranti, s.181.

³¹⁰ 805 sayılı Kanun, m.1: “Türk tâbiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.”

³¹¹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.102.; CANBOLAT, s.114.

³¹² KAHYAĞLU, s.48.; 805 sayılı yasanın getirdiği Türkçe kullanma zorunluluğuna uyulmaması halinde, yabancı dilde düzenlenmiş garanti, bunu düzenleyen banka lehine dikkate alınmayacağı gibi (805 sayılı yasa m.4), söz konusu banka, para ve tekerrür halinde ticaretten men cezasına çarptırılır(805 sayılı yasa m.7) bkz. KAHYAĞLU, s.48.; CANBOLAT, s.114-115.

³¹³ Yargıtay 11. HD. 30.11.1979 tarih, E.3309/K. 5469 sayılı Kararının tam metni için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.744.

³¹⁴ Yargıtay 11. HD. 07.04.1980 tarih, E.1912/K. 1864 sayılı Kararının tam metni için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.745.

³¹⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.745-746.

sözleşme ya da şartlar düzenleyenin lehine dikkate alınmayacaktır. Zaten anılan yasanın 4.maddesi de bu durumu teyit etmektedir. Yazara göre, “ söz konusu ibare, yabancı dildeki şart değişik iki şekilde yorumlanabildiği takdirde, bu yorumlardan şartı kaleme alırken yabancı dil kullananın aleyhine olanın tercih olunacağı anlamı taşır” Yine yazar, sadece yabancı dildeki şartın geçersizliğine karar verilmesini de eleştirmektedir. BK. m.20/II³¹⁶ uyarınca sözleşmenin tamamının geçersiz olması gerekir³¹⁷. Doktrinde KAHYAOĞLU’ da TANDOĞAN’ ın görüşlerine aynen katıldığını “Banka Garantileri” isimli doktora tezinde dile getirmektedir³¹⁸.

Sözleşmenin kaleme alınacağı dil ile ilgili olarak 22 Nisan 1926 tarihli ve 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun”a ilişkin olarak bu yasanın artık günün koşullarında geçerliliğini yitirdiği şeklinde doktrinde görüşler mevcuttur. Doktrinde REİSOĞLU’ na göre, 805 sayılı yasa, o günün koşullarında kabul edilmiş olup artık geçerliliğini tamamen yitirmiş ve yürürlükten kaldırılması gerekir. Bu yasa yürürlükte kaldığı sürece, Türk tabiyetindeki bankaların Türk tabiyetindeki kişilere hitaben yabancı dilde teminat mektubu vermeleri sorun çıkarmaya devam edecektir³¹⁹. Buna karşılık DOĞAN ise, bu kanun (805 sayılı kanun) ile yabancı dil kullanılmasına getirilen sınırlamanın amaçlarının; Türkiye’de faaliyet gösteren Türk tabiyetindeki yada yabancı tabiyetteki kişi veya kuruluşların Türkçe kullanmalarının sağlanması ve Türk vatandaşlarının bilmedikleri yabancı dildeki şartların kendileri aleyhine sonuç doğurmasının önüne geçmek olduğunu, bu iki amacın da günümüzde geçerliliğini devam ettirmesi nedeniyle kanunun varlığını sürdürmesi gerektiğini kabul etmektedir³²⁰.

³¹⁶ BK. m.20/II: “ Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolunur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczun bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur.”

³¹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.746.

³¹⁸ KAHYAOĞLU, s.49. Yazara göre, “Gerçekten, 805 sayılı Kanunun 4.maddesinin açıklığı karşısında, yabancı dilde düzenlenmiş banka garanti sözleşmesi veya sözleşmeye yabancı dilde konulmuş şartlar geçersiz sayılmamalı, sadece bunlar düzenleyenin aleyhine dikkate alınmalıdır.”

³¹⁹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.103.

³²⁰ DOĞAN, s. 103 vd., Yazar bu fikirde olmasına rağmen, milletler arası unsurları içeren sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, özel de ise, teminat mektuplarında tarafların ortaklaşa bildirdikleri bir dili seçmeleri çıkabilecek bir kısım ihtilafları bertaraf edebilecektir. Bu sebeple, tarafları kullanacakları dil hususunda serbest bırakmak gereklidir.

3.2.2-KAG Sözleşmesinde Tarafların Ehliyeti

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için sözleşme taraflarının bu konuda ehil olması gerekir³²¹. KAG sözleşmelerinde, sözleşme taraflarının ehliyetleri konusunda yasada herhangi bir emredici düzenleme olmadığı için, ehliyet konusunda da genel hükümler uygulanacaktır.

Şahsi teminatların bir türü olan kefalet sözleşmesinde, vesayet altındaki küçükler ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin izniyle dahi kefil olamazlar ve vasiler dahi onlar adına kefalet sözleşmesi yapamazlar. TMK. m.449’da yasak işlemler başlığı altında, “ *Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır.*” Açıkça kefil olmayı vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar için yasak işlemlerden saymıştır. Aynı yasak TMK. m.343/I’ deki atıf nedeniyle “*velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir.*” velayet altındaki küçükler için de geçerlidir.³²² Buradaki kefil olacak kişiyi koruma amacı ön plandadır. Yasal düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesi, dolayısıyla KAG sözleşmesi için böyle bir yasal düzenleme olmadığı için kefalet sözleşmesi için geçerli olan anılan yasa maddelerinin uygulanması söz konusu değildir. Ancak BKT. m.603 yürürlüğü girerse durum değişir. Zira BKT. m.603 “*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan sözleşmelere de uygulanır.*”³²³ Hükmü yasalaşırsa, KAG sözleşmesi de şahsi teminat sözleşmesi olduğu için kefalet açısından geçerli olacak şekle tabi olacaktır. Başka bir ifadeyle garanti sözleşmesi vesayet ve velayet altındakiler için artık yasak işlemlerden olacak ve yasal temsilcinin izni olsa dahi sözleşme yapılamayacaktır. Tasarı bu haliyle yasalaşırsa, teminat veren/garanti veren/borç altına giren tarafın tam ehliyetli olması gerekecektir³²⁴.

KAG sözleşmesi açısından sözleşmenin ehliyet bakımından geçerliliği açısından, sözleşme kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa da her iki taraf ta borç altına girdiği için, mesele hem kontrgaranti veren (garanti veren) hem de kontrgaranti alan (garanti alan) açısından incelenecektir. Ve dolayısı ile KAG sözleşmesinde tarafların hukuki işlem ehliyetleri, ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlanmamış olmak şartlarını

³²¹ BİRSEN, s. 101.; YÜCE, s.62.; OĞUZMAN/ÖZ, s.70.

³²² CANBOLAT, s.167.

³²³ YAVUZ, Tasarı, s.474.

³²⁴ YÜCE, s.63.

getiren TMK. m.14'e³²⁵ göre tespit edilecektir. Buna göre, tarafların tam ehliyetli olmaları, hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir³²⁶.

Kural olarak tam ehliyetli olmayı gerektiren KAG sözleşmesi, sözleşmenin ivazlı olup olmamasına göre farklılık arz edecektir. Bilindiği üzere, garanti sözleşmesi ivazlı yapılabileceği gibi, ivazsız da yapılabilir. Eğer yapılacak sözleşme ivazsız ise, TMK. m. 16/I³²⁷ gereği bir karşılıksız kazanma söz konusu olacağından, garanti alan sınırlı ehliyetsiz³²⁸ de olabilir³²⁹. Fakat KAG sözleşmesinde garanti alan her zaman bir banka olacağı için, bu hükmün pratik önemi olmayacaktır. KAG sözleşmesi ivazlı olacaksa, garanti alan (banka) da bir yükümlülük altına gireceğinden, yasal temsilcinin izni gereklidir. Fakat tez konumuz açısından bu hükmün de pratikte bir önemi olmayacaktır.

Teminat mektubu düzenleyen banka, riskin gerçekleşmesi ve muhatabın yazılı talebi ile teminat mektubunun içeriği olan parayı (garanti ettiği meblağı) ödemek zorunda kalırsa, bu parayı her türlü masraf ve faizi ile birlikte geri alabilmek ister. Ve kefalet sözleşmesinde olduğu gibi elinde yasadan kaynaklı rücu hakkı olmayan banka açısından bu tür bir durumda bu bir zorunluluktur³³⁰. İşte bu amaçla teminat mektubu veren bankaya karşı taahhüt altına giren ve ek teminat veren gerçek veya tüzel kişiye/kişilere kontrgaranti veren adı verilir³³¹. Dolayısıyla KAG sözleşmesinde, kontrgaranti veren taraf gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Kontrgaranti veren gerçek veya tüzel kişi, KAG sözleşmesi borç doğuran bir sözleşme olduğundan, tam ehliyetli olması gerekir³³². Kontrgaranın tarafın tam ehliyetli olması durumu, kontrgaranın gerçek kişi veya tüzel kişi olmasına göre ayrı ayrı incelenecektir.

³²⁵ TMK. m. 14: “Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetleri yoktur.”; Temyiz kudretine sahip olan kimse, reşit ise ve kısıtlı değilse, sözleşme yapma konusunda tam ehliyetlidir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 71.

³²⁶ KILIÇOĞLU, s.65.; OĞUZMAN/ÖZ, s.70-71.

³²⁷ TMK.m.16/I: “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma da bu rıza gerekli değildir.”

³²⁸ Ehliyetli olarak nitelenebilmek için, “ayırt etme gücü”, “ergin” ve “kısıtlı olmama” şartları varsa tam ehliyetli olarak nitelendirilir. Ayırt etme gücü yok, diğer iki şart varsa “tam ehliyetsiz” olarak nitelendirilir. Kişi de ayırt etme gücü var, fakat diğer iki şarttan bir yok ise, bu sefer “sınırlı ehliyetsiz” olarak nitelendirilir. Alman Hukukunda “sınırlı ehliyetsizlik” terimi yerine “sınırlı işlem ehliyeti” terimi kullanılmaktadır. Ehliyet ile ilgili yapılan ayırımlar için bkz. HATEMİ, s. 17.

³²⁹ BK. m. 236/II’ deki düzenleme, Türk Medeni Kanunu madde 16’da düzenlenen hükme bir istisna getirmiştir. Söz konusu düzenleme şöyledir: “Fakat o kimsenin kanuni mümessili kendisini bağışlamayı men veya bağışlanılan şeyin iadesini emrederse bağışlama keenlemeyekün veya merdud olur”

³³⁰ DOĞAN, s.240.

³³¹ AKYAZAN, Banka Teminat Mektupları, s.17.

³³² TMK. m. 15: “Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.”

KAG sözleşmesinde, garanti verenin bu sözleşmeyi geçerli bir şekilde yapabilmesi için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması ve ayrıca kısıtlı olmaması şartlarının hepsini birden sağlaması gereklidir³³³. Garanti veren tarafın tam ehliyetli olmaması, KAG sözleşmesinin TMK. m.15 uyarınca kesin hükümsüz olmasına yol açar³³⁴.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler (TMK.m.16). Dolayısıyla KAG sözleşmesinde de garanti veren ayırt etme gücüne sahip ve fakat küçük veya kısıtlı ise, yasal temsilcisinin izni olmadan böyle bir sözleşmeyle borç altına giremezler. Fakat yukarıda açıkladığımız gibi, şahsi teminatlardan olan kefalet sözleşmesi vesayet ve velayet altındakiler açısından yasak işlemlerden olduğu için, yasal temsilcinin izni ile dahi kefil olamazlar. Kefil açısından söz konusu olan durum, yasal bir düzenleme olmadığı için kefile nazaran daha ağır bir sorumluluk altına giren garanti veren açısından söz konusu değildir. Fakat BKT. mevcut haliyle yürürlüğe girerse kefalette kefil için söz konusu olan düzenleme garanti veren açısından da söz konusu olacaktır.

KAG sözleşmesinde garanti veren tarafın tüzel kişi olması durumunda TMK. m.49 ve 50³³⁵ uyarınca, tüzel kişinin organları sayesinde tüzel kişilik borç altına girer. Ticaret şirketleri TTK.137.maddesine göre ana sözleşmelerindeki işgal konuları ile sınırlı olarak ehliyet sahibidirler. Bir tüzel kişi olan ticaret şirketinin kefil olması, şirket ana sözleşmesinde açıkça belirtilmişse, şirketin kefil olabileceği konusunda tereddüt yoktur. Ana sözleşmeye böyle bir hüküm konulmamışsa durum ne olacaktır. Ticaret şirketinin ana sözleşmesinde

³³³ HATEMİ, “Ehliyetli” olarak nitelendirilebilmek için; ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak şartlarının üçünün birlikte bulunması gereklidir. Bu şartlardan “ayırt etme” şartı yoksa diğer iki şarttan birisinin de var olup olmamasına bakılmaksızın, bu kişi “tam ehliyetsiz” olarak nitelendirilir (TMK.m.15). bkz. HATEMİ, s. 17.

³³⁴ YÜCE, s.62.; EREN, s.298 vd. Yazara göre, Bir sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmediği bütün hallere, bir üst kavram olarak, geçersizlik (hükümsüzlük) adı verilir. Geçersizlik halinde sözleşme kurulmuş, meydana gelmiş olmakla birlikte, hukuk düzeni, tarafların böyle bir sözleşmeyle gerçekleşmesini istedikleri hukuki sonucun doğmasını engellemektedir. Geçersizlik yaptırımı, geçersizlik sebeplerinin ağırlığına göre değişmektedir. Geçersizlik türleri, eksiklik, butlan ve iptal olarak üçe ayrılmaktadır. Yine yazar, 147 nolu dp’ta, geçersizlik (hükümsüzlük) teorileri, klasik teori ve modern teori olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Klasik teori, geçersizliği hukuki işlemlerin oluşumundaki bir sakatlık olarak görürken, modern teori, bunu bir müeyyide, bir hukuki sonuç olarak görür. Bu bakımdan klasik teori geçersizlik hallerini “butlan” ve “iptal” olarak iki kategoride inceler. Oysa modern teori, bu iki geçersizlik kategorisi dışında bunlardan birine veya diğerine yaklaşan diğer ara kategorilerin de mevcut olduğunu kabul eder. EREN, bu iki görüşten ihtiyaçlara daha uygun olduğu için modern teoriyi kabul ettiğini belirtmektedir.;OĞUZMAN/ÖZ, “Geçersizlik” kavramı yerine “hükümsüzlük” kavramını kullanmaktadır. Yazar “hükümsüzlük” hallerini de, “yokluk”, “butlan (kesin hükümsüzlük)”, “İptal kabiliyeti”, “noksanlık”, “kısmi hükümsüzlük” olarak ayırımlara tabi tutmaktadır. Bkz OĞUZMAN/ÖZ, s. 136 vd.

³³⁵ TMK.m.49: “ Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar.”

TMK.m.50/I-II: “ Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.

Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.”

açıkça şirketin kefil olabileceği kaydı yer almazsa bile, TTK. m. 137 açısından, kefil olmanın şirketin iştigal konusu içinde yer aldığı ve ticaret şirketinin kefaletinin geçerli olduğu bu gün için hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir³³⁶. Kooperatifler için de aynı şey söz konusudur³³⁷.

Tüzel kişi ticaret şirketinin ana sözleşmesinde açıkça şirketin kefil olabileceği yer almamasına rağmen TTK. m. 137. açısından kefil olmanın şirketin iştigal konusu içinde yer aldığı ve ticaret şirketinin kefil olmasının kabulü gerektiğini az önce açıkladık. Kefaletten daha ağır ve istisnai bir sorumluluk olan garanti sözleşmesi açısından (tez konumuz açısından KAG sözleşmesi) ticaret şirketlerinin garanti veren olarak sözleşme imzalaması geçerli midir? Kontrgaranti veren ticaret şirketinin, garanti ettiği riskin konusu, ana sözleşmedeki iştigal konuları ile ilgisiz ise; şirket tarafından imzalanan kontrgarantinin, ehliyetsizlik sebebiyle şirketi bağlamadığı iddiaları gündeme gelebilecektir. Bu konuda Yargıtay’a intikal eden bir olayda, *“ kaldı ki, şirket statüsünün 5 inci maddesinde, şirketin iştigal mevzuu otomobil yedek aksamı perakendeciliği yapmak olup, aynı kanunun 137 nci maddesi gereğince ortaklıkların hukuki ehliyeti şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusunu çevresi içinde kalmakla sınırlıdır. Bu bakımdan konularına girmeyen işlerde hakları iktisap ve borçları ilzam edemezler. Dava konusu borç, şirket mevzuuna giren işlerden bulunmadığından davalının bu yönden de sorumlu tutulmaması gerekir.”* Sonucuna varılmaktadır³³⁸. Dolayısıyla Yargıtay ticaret şirketlerinin kefil olabilmesi açısından kabul ettiği ticaret şirketinin ana sözleşmesinde açıkça yer almasa bile şirketin iştigal konusuna giren konularda kefil olabileceğini kabul etmesi hususunu garanti sözleşmesi açısından da kabul etmektedir.

³³⁶ ÖZEN, s. 137 vd.; REİSOĞLU, KEFALET, s.22 vd., Yargıtay 11. HD. 23.03.1982 tarihinde 851/1225 sayılı kararında, *“... TTK. nun 137.maddesi hükmü gereğince, ticaret ortaklıkları tüzel kişiliğe haiz olduklarından kendi ana sözleşmelerinde yazılı(işletme konusu) çerçevesi içinde kalmak şartı ile bütün hakları edinebildikleri gibi, bütün borçları da yükümlenebilirler. Bir şirketin işletme konusu(iştigal konusu) demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı ticari işlemler demektir. Bunlar da o şirketin ana sözleşmesinde belirtilen(şirketin maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan (kefalet akdinin) de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan(bir muamele)den ibaret olduğundan göz önünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebilecektir. Açıklanan bu hususlar Dairemizin kökleşmiş İçtihadı halinde bulunmaktadır. “ Yargıtay’ın bu kararı ve bu kararına benzer mahiyetteki diğer kararları için bkz. REİSOĞLU, KEFALET, s. 23 vd.*

³³⁷ REİSOĞLU, KEFALET, s. 23.

³³⁸ Yargıtay 11. HD. 1.4.1976 1051/1723 sayılı İçtihadı için bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.97’deki 190 nolu dp.

Kontrgaranti veren lehtarın tüzel kişilik kazanmadan önce imzaladığı kontrgaranti geçerli midir? Bu konuyla ilgili Yargıtay’a intikal eden bir olayda, davacı borçlu şirketin daha tüzel kişilik kazanmadan sözleşmede taraf olamayacağından kontrgarantinin geçersiz olduğunu iddia etmiş, Yargıtay, “ *taahhütname (kontrgaranti) uyarınca verilen teminat mektubunun davalı bankadan tazmin edilmesi karşısında, taahhütnamenin şeklen noksan olduğunu iddia etmenin iyi niyetle bağdaşmayacağı* ” şeklinde karar vermiştir³³⁹.

Tüzel kişilerin garanti veren olarak borç altına girmesi ile ilgili son olarak, kontrgaranti veren tarafın banka olduğu durumda ehliyet konusuna bakalım. Banka bir tüzel kişiliktir. Hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ile ilgili olarak TMK.m.48 ve 49 hükümlerine tabidir³⁴⁰. Bankanın tanımına ilişkin bir tanım yasalarımızda mevcut değildir. TTK. m.727 ‘nin atfıyla, bankaların Bankalar Kanununa göre kurulan müesseseler olduğu sonucu çıkmaktadır. 5411 sayılı bankacılık yasası 11.maddesinde Türkiye’de kurulacak bankaların Anonim Şirket şeklinde kurulacağını ve bakanlığın iznine tabi olacağını öngörmüştür. Bankalar Anonim Şirket şeklinde kurulacakları için TTK. m.137’teki düzenleme bankalar açısından da geçerlidir. Ve bankalar açısından bakıldığında kontrgaranti verme işlemi “kredi açma-kredilendirme işlemi” olduğu için TTK. m.137’deki “işletme mevzuu çevresi”³⁴¹ içinde kalacağı için yasa maddesine bir aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Anonim şirket şeklinde kurulan bankaların borç altına girmeleri- imza sirkülerinde tek imza ile temsil edilme hükmü yoksa- iki imza (çift imza) ile temsil edilmeleri şarttır³⁴². Bu husus TTK. m.321/III hükmünün açık düzenlemesi gereğidir³⁴³.

3.2.3-KAG Sözleşmesinin Hukuka Ve Ahlak Ve Adaba Aykırı Olmaması

Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşur. Kişiler sözleşme özgürlüğü ilkesi ile hukuk düzeninin sınırları içinde diledikleri konularda sözleşme

³³⁹ Yargıtay 11. HD. 23.02.1987 439/1001 sayılı İçtihadı için bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.97’deki 189 nolu dp., Yazar Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararı şu şekilde doğru bulmamaktadır: “*Mahkemenin davalı bankanın teminat mektubunu tazmin ettiği gerekçesiyle davayı reddetmesi hatalıdır. Bankanın teminat mektubundan doğan yükümlülüğü kontrgarantinin geçerli olup olmamasına bağlı olmaksızın bankayı bağlar. Bankanın teminat mektubunu tazmin etmesi ile kontrgarantinin geçerliliği arasında ilişki kurulması hukuka aykırı olup, kontrgarantinin geçerli olduğu iddia edilemez*”

³⁴⁰ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.85.

³⁴¹ “Ultra Vires”, diye tabir edilen “işletme konusu ile sınırlı ehliyet” ilkesi Ticaret Kanunu Tasarısı mevcut haliyle yasalaşırsa, kalkacaktır. Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Erdoğan MOROĞLU, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 2.Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, Ağustos 2005, s.108-109.

³⁴² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.89.

³⁴³ TTK.m. 321/III hükmü şöyledir: “Anonim şirket adına tanzim edilecek evrakın muteber olması için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça temsile yetkili olanlardan ikisinin imzası kafi.”

yapabilirler. Anayasal bir ilke (Anay. m.48) olan bu serbesti ile taraflar sözleşme yapıp yapmama,³⁴⁴ sözleşmenin karşı tarafını seçme,³⁴⁵ sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçme,³⁴⁶ sözleşmenin şeklini ve türlerini seçme özgürlüğüne³⁴⁷ sahiptir. Böylece taraflar BK'nın 182-524.maddeleri arasında düzenlenen tip sözleşmelerden³⁴⁸ dilediklerini hatta yasalarda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden karma bir sözleşme tipi yaratabilecekleri gibi³⁴⁹ yasalarda düzenlemesi olmayan bir sözleşme tipi de çerçevesinde yapabilirler. Örneğin, Yönetim (management) sözleşmesi,³⁵⁰ Know-How sözleşmesi,³⁵¹ Sponsorluk sözleşmesi,³⁵² Kredi Açma Sözleşmeleri,³⁵³ Franchise Sözleşmesi,³⁵⁴ sözleşme özgürlüğü ilkesine örnek verilebilir.

İsviçre Hukuk sisteminde ve hukukumuzda kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, taraflar sözleşmenin konusunu, taraflarını, sözleşmenin kapsamını ve süresini istedikleri gibi belirleyebilme serbestisine sahiptirler. Fakat bu ilke mutlak bir ilke olmayıp, bu ilkenin bazı sınırları mevcuttur³⁵⁵. Buna göre, bir sözleşmenin konusu hukuka (emredici hükümlere, kamu düzenine ve kişilik haklarına) ve ahlâk ve adaba aykırı olduğu takdirde, yapılan bu sözleşme kesin hükümsüz olur (BK. m.19/II, m.20)³⁵⁶. KAG sözleşmesinin de konusunun hukuka ve ahlâk ve adaba aykırı olmaması gerekir.

Sözleşmenin hukuka aykırı olmaması ile kastedilen, sözleşmenin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması anlaşılır³⁵⁷.

³⁴⁴ AKYOL, s.1-2.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.13.

³⁴⁵ YAVUZ, Özel Hükümler, s.13.

³⁴⁶ YAVUZ, Özel Hükümler, s.14-15.

³⁴⁷ KILIÇOĞLU, s.71 vd.

³⁴⁸ Satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, istisna sözleşmesi, kefalet sözleşmesi BK' da düzenlenen sözleşmelere birkaç örnek olarak sıralanabilir.

³⁴⁹ Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi.

³⁵⁰ Sözleşmenin tanımı için bkz. M. Turgut ÖZ, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1977.

³⁵¹ Sözleşmenin tanımı için bkz. Tufan ÖĞÜZ, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001., s. 5 vd.

³⁵² Sözleşmenin tanımı için bkz. Gülçin Elçin GRANSİNGER, Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara 2003.

³⁵³ Sözleşmenin tanımı için bkz. Mehmet Deniz YENER, Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008.

³⁵⁴ Sözleşmenin tanımı için bkz. Franchise Sözleşmeleri ve Bu sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukukî Korunması, Osman Berat GÜRZUMAR, İstanbul: Beta Yayınları, 1995, s. 8 vd.

³⁵⁵ KILIÇOĞLU, s.65.

³⁵⁶ BK. m.19 " Bir akdın mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

Kanunun kat'î surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka(adaba) veya umumi intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir."

BK. m. 20 " Bir akdın mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka(adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olunur. Fakat bunlar olmazsın akdin yapılmayacağı meczun bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur." Her iki maddenin Borçlar Kanunu Tasarısındaki karşılığı için bkz. YAVUZ, Tasarı, s.22-24.; OĞUZMAN/ÖZ, s.72.

³⁵⁷ NOMER, s.38.

Emredici hukuk kuralları, uyulması zorunlu hukuk kurallarıdır. Bu kurallar kamu düzenini, toplumdaki ahlaki değerleri ve kişilik hakkını koruma amacıyla konulmuştur³⁵⁸.

Kamu düzeni kısaca, toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzenini ifade eder³⁵⁹.

Ahlâka aykırılık, genel ahlaka, yani bir toplumda belirli bir devrede orta zekada, dürüst ve makul kişilerin düşüncelerine aykırı davranışları ifade etmektedir³⁶⁰. Ahlak kuralları toplumda zamanla yerleşen ve o toplumda yaşayanlar tarafından uyulması zorunlu görülen kurallardır³⁶¹.

Sözleşmenin kişilik hakkına da aykırı olmaması gerekir. “Kişilik hakkı”, bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, ismi, resmi, sosyal ve mesleki itibarı gibi para ile ölçülemeyen manevi varlıkları üzerindeki haklarının bütününe verilen isimdir. Bu şekildeki bir kişilik hakkına aykırılık aynı zamanda emredici hukuk kurallarına aykırılık ta demektir. Yine kişilik hakkına aykırılık çoğu zaman beraberinde ahlaka aykırılığı da getirir³⁶².

Sözleşmenin hukuk kurallarına (emredici hükümlere, kamu düzenine ve kişilik haklarına) ahlak veya adaba aykırı olması üç şekilde karşımıza çıkar. Bunlardan ilki sözleşmenin yapılmasının başlı başına bahsettiğimiz emredici hukuk kuralına, kamu düzeni ve ahlak ve adaba ve kişilik haklarına aykırı olmasıdır³⁶³. İkincisi, sözleşmenin içeriğinin aykırı olmasıdır. Ve son olarak, sözleşmenin amacının hukuka veya ahlaka aykırı³⁶⁴ olmasıdır³⁶⁵. Bu başlık altında sözleşmenin içeriğinin hukuka ve ahlaka aykırı olması anlatılacaktır.

³⁵⁸ SAYMEN/ELBİR, s. 137 vd. NOMER, s.38.

³⁵⁹ SAYMEN/ELBİR, s. 143 vd.; NOMER, s.38-39.

³⁶⁰ Burada kastedilen ahlak, şahsi ahlak değil, fakat içtimai ahlaktır. Kanunun ahlak tabiri yanında her zaman zikrettiği adap tabiri bu durumu açıkça belirtmektedir. İçtimai ahlak ta zamana göre değişiklikler göstermektedir. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 139.; EREN, s.291.; KILIÇOĞLU, s.68.; CANBOLAT, s.166.

³⁶¹ NOMER, s.39. Konusu ahlaka aykırı sözleşmelere örnek olarak, “para karşılığı metres hayatı yaşama taahhüdünü içeren sözleşmelerin konusu ahlaka aykırıdır.”, “Fuhuş yapmak için bir yer kiralandığında, kira sözleşmesinin amacı ahlaka aykırıdır.” verilebilir.

³⁶² SAYMEN/ELBİR, s. 142 vd.; AYBAY, s. 38.; NOMER, s.39. Yazar, bir kişinin ekonomik özgürlüğünü ahlaka aykırı olacak derecede sınırlayan sözleşmeleri (kelepçeleme sözleşmeleri), hem ahlaka hem de kişilik haklarına aykırılığa örnek vermektedir.; Bir sözleşmenin konusu kişilik hakkına aykırı ise bu aykırılık çoğu kere ahlaka da aykırıdır. SAYMEN/ELBİR, s. 142.; Örneğin, din değiştirme taahhüdü, makul olmayan bir ameliyata razı olma bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.74.

³⁶³ ARKAN, Bankanın Hukuki Durumu, s. 69.

³⁶⁴ Hukuka ve ahlaka aykırılık denince, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlak ve adaba ve kişilik hakkına aykırılık kastedilecektir.; Hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin Yargıtay karar örnekleri için bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 140 vd.; KILIÇOĞLU, s.66-67’de 30 nolu dp.

KAG sözleşmesi bakımından geçersizliğin en önemli sebebi olarak sözleşmenin konusudur denilebilir. Zira KAG sözleşmesi daha önce de ifade ettiğimiz gibi, her ne kadar sözleşmenin geçerliliği açısından şekil özgürlüğü kabul edilmiş olsa da, sözleşme taraflarından biri banka olduğu için, KAG sözleşmesi karşımıza banka garantisi³⁶⁶ şeklinde çıkmaktadır. Hal böyle olunca yasanın geçerlilik şartına tabi tutmadığı bu sözleşme bakımından, banka uygulamasının etkisi ile bir ispat şartı olarak yazılı şeklin kural haline geldiğini söyleyebiliriz³⁶⁷. Bundan dolayıdır ki, KAG sözleşmesinde şekil sözleşmenin geçersizliği olarak karşımıza pek çıkmaz. Fakat sözleşmenin konusu geçersizlik sebebi olarak karşımıza çıkan en önemli sebeptir. Daha önce de açıklandığı üzere, KAG sözleşmesi, her sözleşmeye özgü genel geçerlilik şartlarına tabidir.

Borçlar Kanunu 19' uncu maddesi gereği, sözleşmelerin konularının emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Tez'imizin konusunu oluşturan KAG sözleşmesinin konusuna ilişkin özel olarak düzenlenmiş emredici bir hukuk kuralı söz konusu değildir. BK' da ki madde bu yönü ile uygulama alanı bulamamaktadır. Fakat konumuz açısından emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak, kurulacak sözleşmenin genel geçerlilik şartlarına aykırı olmaması şeklinde anlaşılabılır.

KAG sözleşmesi garanti edilen risk, kamu düzenine veya ahlâka aykırı ise sözleşme geçersizdir³⁶⁸. Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1963³⁶⁹ yılında verdiği bir kararda teminat mektubunu emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu için geçersiz saymıştır. Kararda “ *Davalı Türk Ticaret Bankası'nın, yurt dışında bulunan fındık alıcısı... firması için davacı Birliğe verdiği kefalet mektubu, Türk Parasının Kıymetinin Korunması hakkındaki kararın 5.maddesi kapsamına giren işlemlerdendir. Çünkü bu mektup, yazılışı bakımından yabancı ülkede bulunan alıcının malın parasını ödeme borcuna bankanın kefil olduğunu gösteren bir belgeden başka bir şey değildir. Böyle bir borçlanma belgesinin yabancı bir*

³⁶⁵ CANBOLAT, s.167. 96 nolu dp; Yazar, Sözleşmenin amacının, dolayısıyla tarafların ortak amacının hukuka ve ahlaka aykırılığı durumunun garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından da söz konusu olabileceğini ve bu şekildeki bir sözleşmenin BK. m.20 gereğince batıl olacağını ifade etmektedir. Buna ilişkin olarak ta, yazar verdiği örnekte, “uyuşturucu, silah ve insan ticaretinden doğacak bir edimin veya bunlar karşısında ödenecek bir bedelin teminat altına alınması durumunda, garanti sözleşmesi hukuka aykırı amacından dolayı batıl olacaktır.”

³⁶⁶ Banka garantisi sözleşme serbestisinin bir ürünüdür. Banka garantilerinin türleri ve banka garantisinin tarafları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAHYAOĞLU, s.7 vd.

³⁶⁷ CANBOLAT, s.113 vd.

³⁶⁸ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.47.

³⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1963 tarih, E/22, K/16 sayılı kararı, Ankara Barosu Dergisi, 1963, s.387. (naklen) REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.47-48. Yazar, teminat mektubunun geçerliliğinin Türk Parası Kıymetini Koruma Kararına göre izne tabi olması ve Maliye Bakanlığının da bu izni vermemesi nedeniyle, mektubun-garanti sözleşmesinin veya kefaletin-geçersiz olduğunun kabul edilmesinin doğru olduğunu savunmaktadır.

kimse yararına verilmesinde, Türkiye'ye döviz gelmesini sağlama ve yersiz yere döviz çıkmasını önleme bakımından Maliyenin izninin aranması, sözü edilen kararname hükümlerinin konuluş amacına dahi uygun bulunmaktadır. Buna göre, taraflar arasındaki teminat mektubu Ticaret Kanunu'nun 1466, Borçlar Kanunu'nun 19.maddeleri gereğince geçerli değildir.”

Kararda Yargıtay teminat mektubunu kefalet mektubu olarak kabul etmektedir.

KAG sözleşmesinde garanti edilen riskin ahlak ve adaba aykırı olmaması gerekir. KAG sözleşmesinde garanti veren, teminat mektubu ilişkisinden doğan zararın parasal karşılığını ödemeyi üstlendiğinden, onun yükümlülüğü bakımından ahlaka aykırılıktan bahsetmemek gerekir. Garanti veren üstlendiği riski bağımsız bir yükümlülük şeklinde üstlendiğinden onun açısından ahlaka aykırılıktan söz edilemez. Fakat tarafların ortak amaçlarının hukuka ve ahlaka aykırı olduğu bir durumda sözleşme geçersiz kabul edilecektir. Burada sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırı amacı, taraflardan sadece birinin bilmesi ve istemesi yetmez, her iki tarafça da bu amacın bilinmesi ve sözleşmenin bu amaçla kurulması gereklidir³⁷⁰.

Sözleşmenin, dolayısıyla KAG sözleşmesinin konusunun BK. m.19 “ şahsi hükümlere müteallik haklara” aykırı olmayacağı açıkça düzenlemiştir. Kişilik hakkının korunmasına ilişkin olarak TMK. m.23-25 arasında düzenlemeler yapılmıştır.³⁷¹ Kişilik hakkına aykırı bir yükümlülüğün³⁷² doğumuna neden olan bir sözleşme, BK. m.19 uyarınca geçersizdir. KAG sözleşmesinde garanti veren tarafın yükümlülüğü her zaman bağımsız nitelikte bir para borcu ödeme olduğundan, kişilik haklarına aykırılıktan söz edilemeyecektir.

KAG sözleşmesinde garanti veren bankadan teminat mektubu alabilmek için bazen ekonomik varlığını aşırı sınırlayacak veya sona erdirecek derecede ağır bir yükümlülük altına sokabilir. Böyle bir durumda yapılan sözleşme kişilik hakkına aykırılıktan dolayı geçersiz

³⁷⁰ CANBOLAT, s. 167-168.

³⁷¹ TMK. m. 23: “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçmez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunamaz.”

³⁷² Kişilik hakkına aykırı bir yükümlülüğün üstlenilmesine örnek olarak, “bir kimsenin diğerine hiçbir şekilde mirasçı olmayacağına”, “davada taraf olmayacağına”, “bir kişiye karşı hiçbir şekilde dava açmayacağına”, “hiçbir şekilde nişanlanmayacağına ya da evlenmeyeceğine(medeni haklardan yararlanmaktan feragat)”, “başkalarıyla kira sözleşmesi yapmayacağına” dair taahhütler örnek verilebilir. Örnekler için bkz. KILIÇOĞLU, s.67.

addedilecek midir?³⁷³ Daha öncede izah edildiği gibi garanti verenin borcu her zaman bağımsız nitelikte bir ödeme (para) borcu olduğundan, bu borcun kişilik hakkına aykırılığından söz edilemeyecektir. Fakat her zaman bu şekilde bir kabul doğru olmayabilir. KAG sözleşmesi bakımından kişilik hakkına aykırılığın bile geçersizlik nedeni olmaması kuralının istisnası, bu aykırılığın sözleşmenin kendisinden kaynaklanmasıdır. KAG sözleşmesi ile garanti veren bir riski üstlenirken, bunun sonuçlarının onun ekonomik kişiliğine aşırı sınırlama meydana getirmesi veya sona erdirecek derecede ağır bir yükümlülük altına sokması mümkündür³⁷⁴. Böyle bir durumda sözleşme geçerli olmaya devam edecek midir? Garanti sözleşme şahsi teminatların bir türü olup, bu teminatlarının verilmesinin aynı teminatlara nazaran kolay olması teminat verenin üzerine aldığı sorumluluğun kapsam ve sonuçları üzerinde yeterince düşünmeden hareket ederek sözleşmeyi imzalaması sonucunu doğurur. Bu şekilde garanti sözleşmesine imza atan bir kişi açısından, garanti verenin ekonomik varlığını ortadan kaldıracak derecede ağır bir sorumluluk altına girdiği bir durumda, yapılan sözleşme geçerli olacak mıdır? Şahsi teminatların bir türü olan kefalet sözleşmesi açısından doktrinde ÖZEN, şu olguların varlığı halinde kefalet sözleşmesinin, kişilik hakkına aykırılıktan değil de, ahlaka aykırılıktan “kesin hükümsüz” olabileceğini savunmaktadır: ilkin, kefalet sözleşmesinin, kefil olacak kişinin mali olanaklarıyla karşılayamayacağı kadar ağır bir yükümlülük getirmesi. İkincisi, tam ehliyetli olan kefilin, çok genç ve tecrübesiz olması gereklidir. Bu her iki olgu bir araya gelmiş ise, yapılan kefalet sözleşmesi “ahlaka aykırı” sayılacaktır³⁷⁵. Aynı durum garanti sözleşmesi açısından kabul edilebilir mi? Garanti sözleşmesinde garanti veren tarafın üstlendiği yükümlülük kefalet sözleşmesinde kefilin üstlendiği yükümlülüğünden daha ağır bir yükümlülüktür. Garanti veren/kontrgaranti veren temel borç ilişkisinden/teminat mektubu ilişkisinden bağımsız olarak bir riski üstlenmektedir. Garanti veren taraf garanti temini için yükümlülük üstlenmektedir.

³⁷³ Garanti veren tarafın garanti veren olarak, teminat mektubu alabilmesi için ekonomik varlığını aşırı sınırlayacak ve yok olmasına neden olacak şekilde yükümlülük altına girmesi durumu şartları varsa BK.m.21’de düzenlenen “gabin” durumu söz konusu olabilir. Gabin, tarafların karşılıklı edimleri tayin edebilme konusundaki sözleşme özgürlüklerine getirilmiş bir sınırlamadır. Gabinde taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanmak suretiyle sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması, olumsuz koşullar altında bulunan birinin sömürülmesinin yaptırımı söz konusudur. Gabinin objektif ve subjektif koşullar olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır. Objektif koşul, edimler arasında aşırı oransızlık; subjektif koşul ise, bir tarafın içinde bulunduğu muzayaka hali (zor durumunda bulunma), hiffet (hafiflik) ve tecrübesizliğinden diğer tarafın yararlanmasıdır. Böyle bir durumunda sözleşme imzalayan taraf, sömürülen kişi bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanabilir. Bu bir yıllık süre irade fesadı hallerinden farklı olarak öğrenme anından itibaren değil, sözleşmenin yapılmasından itibaren başlar. Gabin ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s.151 vd.; KAG sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için gabin durumu söz konusu olmaz.

³⁷⁴ CANBOLAT, s. 167-168.; YÜCE, “ekonomik kişiliği aykırılık” halinin, tazminat borcunun belirlenmesi bakımından bir geçersizlik sebebi (kesin hükümsüzlük) olduğunu ifade etmektedir. s.63-64.

³⁷⁵ ÖZEN, s. 201 vd.

Bu şekilde ağır ve istisnai bir sorumluluk altına giren garanti veren tarafın, sözleşme yapma iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koyması gerekir. Sözleşmeye garanti veren taraf sıfatıyla imza koyan kişi ileride riskin gerçekleşmesi ile birlikte kendisine/malvarlığına başvurulabileceğini hesap ederek sözleşmeye taraf olmaktadır. Dolayısıyla bu şekilde bağımsız bir yükümlülük üstlenen taraf açısından sözleşmenin garanti vereni mali olanaklarıyla karşılayamayacağı kadar ağır bir sorumluluk altına soktuğu gerekçesi ile kişilik hakkına aykırı saymak kanaatimizce savunulamaz.

3.2.4-Edimlerin İmkânsız Olmaması

Edimlerin ifasının imkânsız olması, başka bir deyişle ifa imkânsızlığı, borçlanılan edimin yerine getirilmesinin sürekli ve kesin olarak mümkün olmamasıdır³⁷⁶. Edimin İfasının imkânsızlık türleri, fiziksel ve pratik imkânsızlık, hukuki imkânsızlık, objektif ve subjektif imkânsızlık, zamansal imkânsızlık ve son olarak tam ve kısmi imkânsızlık olarak ayrımlara tabi tutulmaktadır³⁷⁷. İnceleme konumuz açısından edimin ifasının imkânsızlığı, baştaki imkânsızlık-sonraki imkânsızlık ve objektif imkânsızlık-subjektif imkânsızlık ayrımı şeklinde anlatılacaktır³⁷⁸.

Objektif ve subjektif imkânsızlık açısından yapılan ayırimda kullanılan ölçü, edimin ifasının herkes açısından mı, yoksa sadece borçlu açısından mı imkânsız olduğudur. Buna bağlı olarak doktrinde, borçlanılan edimin borçlu dâhil hiç kimse tarafından yerine getirilemediği hallerde objektif imkânsızlığın, edimin yerine getirilmesinin sadece borçlu açısından mümkün olmadığı hallerde ise subjektif imkânsızlığın söz konusu olduğu kabul edilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁶ Sabah ALTAY, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul : Vedat Kitapçılık, 2008, s.86., İfa İmkânsızlığının tarihsel süreci ile ilgili olarak aynı yazarın aynı eserinin 229 nolu dp.; CANBOLAT, “Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler” isimli doktora tezinde, Bankanın Garanti Sözleşmesinden Doğan Savunma İmkanları başlığı altında ediminin imkansızlığı ile ilgili olarak, başlangıçtaki imkansızlığa hakkın doğumuna engel olan itirazlar içinde, edimin imkansızlığı ile ilgili olarak, sonraki imkansızlık haline de hakkı sona erdiren itirazlar arasında yer vermiştir. Edim imkânsızlığının bu şekildeki ayrımı ve daha fazla bilgi için bkz. CANBOLAT, s.163 vd.

³⁷⁷ ALTAY, s.88 vd.

³⁷⁸ İmkânsızlık türleri ile ilgili olarak, başlangıçtaki imkânsızlık-sonraki imkânsızlık, objektif imkânsızlık-subjektif imkânsızlık, tam imkânsızlık-kısmi imkânsızlık, devamlı imkânsızlık-geçici imkânsızlık, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık-borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık ayrımları için bkz. Mustafa DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 75 vd.

³⁷⁹ ALTAY, s.92.

Sözleşme taraflarının edimlerinin sözleşmenin kurulması sırasında imkânsız ise, sözleşme kesin hükümsüzdür (BK. m.20)³⁸⁰. Sözleşme taraflarının bu durumu bilip bilmemesinin önemi yoktur. Ancak kesin hükümsüzlük yaptırımı tarafların ediminin ifasının objektif olarak imkânsız olması durumunda söz konusu olur. Edimin ifası sadece borçlu taraf açısından imkânsız ise, yani subjektif bir ifa imkânsızlığı halinde sözleşme kesin hükümsüz olmayıp, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak edimin ifasını gerçekleştiremeyen borçlu BK. m. 96 ve devamında düzenlenen hükümler uyarınca ifa edememeden kaynaklı sorumlu olur. Objektif ifa imkânsızlığı³⁸¹ halinde ise, yapılan sözleşme sonuçlarını hiç doğurmayacağından, sözleşmenin tarafı borçlu olmayacak ve böylece borca aykırılık da söz konusu olmayacaktır³⁸².

KAG sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, birçok olayda, garanti alan tarafın borç altına girmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak, garanti alan açısından bir ivaz kararlaştırılmışsa, kurulacak sözleşme tam iki taraflı olacak ve garanti alan taraf da garanti veren gibi borç altına girecektir.

Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, belirli bir miktar para oluşturmaktadır³⁸³. Para borcu,³⁸⁴ bir cins borcu³⁸⁵ olduğu ve “cinsin yok olmayacağı” kuralı

³⁸⁰ BK. m.20 “ Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka(adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.”

Hollanda ve Alman Medeni Kanunlarında, Eşya satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasında ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde baştan (konuda) imkânsızlık sözleşmenin hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Burada baştan imkânsızlıkla sonraki imkânsızlık aynı tasfiye ve tazminat rejimine tabidir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Prof.Dr. Rona SEROZAN, İfa- İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, Gözden geçirilip genişletilmiş 4 üncü bası, , İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, s,172.

³⁸¹ BK. m.20’ de düzenlenen sözleşmenin başlangıcında söz konusu olan ifa imkânsızlığı ile BK. m.117’ de düzenlenen sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifanın yapılmasından önce tarafların kusuru olmaksızın ortaya çıkan ifa imkânsızlığı birbirinden farklıdır. Bu şekilde yapılan ayırım edimin imkânsız olduğu zamana göre yapılan bir ayırımdır. Borçlunun edimi, sözleşme kurulurken zaten imkânsız ise veya ifa zamanında mümkün olmayacağı açıkça belli ise buradaki imkânsızlık başlangıçtaki imkânsızlıktır. Buna karşın, sözleşmenin kurulduğu zaman adimin ifası mümkün, fakat kuruluşun sonra imkânsızlaşmışsa, sonraki imkânsızlık hali söz konusudur. Başlangıçtaki imkânsızlık durumunda sözleşme kesin hükümsüzdür. BK. m.117’ de düzenlenen sonraki imkânsızlık durumu borcu sona erdiren bir haldir. Bkz. DURAL, s. 75 vd.

³⁸² Böyle bir durumda sözleşme kurulmadığı için ancak sözleşme öncesi sorumluluk söz konusu olabilir.

³⁸³ Para borcunda imkânsızlık asla söz konusu olmaz. SEROZAN, s. 162.

³⁸⁴ BARLAS, para borcunu şöyle ifade etmektedir: “ Borcun konusunu belirli veya belirlenebilir bir para meblağı ile ifade olunan soyut mali gücün alacaklıya sağlanması yükümlülüğü teşkil ediyorsa bir para borcu ile karşı karşıya bulunulur.” Sembol olarak para, çok sayıda mevcut ve piyasadan her zaman temin ve tedariki mümkün bir nesne olduğuna göre, para borcu bir nevi (cins) borcu niteliğinde olduğu kabul edilir. Bkz. Nami BARLAS, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, (Para Borçlarının İfası), İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992, s. 10

³⁸⁵ Maddi edime ilişkin borçlar, “parça borçları” ve “cins-nevi-tür borçları” diye ikiye ayrılır. Parça borçlarında, borçlunun borçlandığı borç ferden tayin edilmiş, bireysel nitelik ve özellikleri tam olarak belirtilmiştir. Örneğin,

kabul edildiği için, garanti verenin baştan ve objektif bakımdan imkânsız olmayacağı savunulur³⁸⁶. Doktrinde BK. m.20’ de düzenlenen sözleşmenin içeriğinin imkânsız olmasının yanında sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacın imkânsızlığı da savunulmakta olup, bu durumda da sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olduğu belirtilmektedir³⁸⁷. KAG sözleşmesinde amaç bir riskin garanti edilmesidir. Sözleşmeyle bankanın düzenlediği teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski, teminat altına alınmaktadır. Ve bu amacın imkânsız olması durumunda, başlangıçta objektif imkânsız olan bir edimin teminat alınmasının anlamsızlığı düşünülebilir. Ancak edimi garanti edilen ve garanti alanın, teminat altına alınan edimin imkânsız olduğu konusunda önceden bilgilerinin olmadığı bir durumda, teminat edilen edimin başlangıçtan itibaren ve objektif bakımdan imkânsız olduğu hususu, garanti sözleşmesinin geçersizliği sonucunu meydana getirecektir. Fakat sözleşme taraflarının, teminat altına alınan edimin imkânsız olduğu konusunda önceden bilgi sahibi olmadıkları bir durumda, teminat altına alınan edimin başlangıçtan ve objektif herkes için imkânsız olduğu bir durumda garanti sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır³⁸⁸.

Edimin imkânsızlaşması, yani borçlunun edimini yerine getirmesinin mümkün olmaması sonradan da ortaya çıkabilir. Bu durumda sonraki imkânsızlıktan (kusursuz imkânsızlıktan) söz edilir³⁸⁹. Sonraki kusursuz imkânsızlık, borcu sona erdiren bir hal olarak BK. m.117’ de düzenlenmiştir³⁹⁰. Sonraki imkânsızlık, borçlunun kusuru sonucu meydana gelmişse, BK. m.96 anlamında borca aykırılık söz konusu olur, borçlu alacaklının bu yüzden uğradığı zararları tazmin ile yükümlüdür³⁹¹. Edimin ifasının imkânsız olduğunu ve dolayısıyla BK. m.117 uyarınca borcun sona erdiğinin söylenebilmesi için ifa imkânsızlığının sürekli

VAN Gogh’un “buğdaylar” tablosu; Buna karşılık taraflar sözleşmede edim konusu şeyi, sadece genel nitelikleriyle belirlenirse, edimin konusu milsen belirlenebilir, türüne göre belirlenebilir bir şey ise “cins-nevî tür borcu” söz konusudur. Örneğin, 10 ton buğday, 1 milyar TL vs., borçların parça borcu ve cins borcu şeklindeki ayırımı hakkında daha fazla bilgi için bkz. EREN, s.103-105.; “Cins borcu” yerine “nevi borcu” tabiri de kullanılmaktadır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.6.

³⁸⁶ CANBOLAT, s.164-165.

³⁸⁷ CANBOLAT, s.165.

³⁸⁸ CANBOLAT, s.165-166.

³⁸⁹ KILIÇOĞLU, s.641.; CANBOLAT, s.181.

³⁹⁰ İfanın mümkün olmaması başlığını taşıyan BK. m.117: “*Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.*”
Karşılıklı tahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfiқан almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.

Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.” Borcu sona erdiren bir hal olarak kusursuz sonraki imkânsızlık hali son bölümde borcu sona erdiren haller başlığı altında ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

³⁹¹ KILIÇOĞLU, s.641.

olması gereklidir³⁹². Buradaki imkânsızlık halinin de başlangıçtaki imkânsızlık gibi, objektif olmalı, yani borçlu ve borçlunun şahsı bakımından değil, herkes bakımından aynı koşullar altında ifanın beklenmesinin mümkün olmaması ve bunda borçlunun kusurunun olmaması gereklidir³⁹³. Yok eğer borçlunun kusuru varsa BK. m. 96 gereği borçlu sorumlu olmaya devam edecektir³⁹⁴.

Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, belirli bir miktar para oluşturmaktadır. Para borcu, bir cins borcu olduğu ve “cinsin yok olmayacağı” kuralı kabul edildiği için, garanti verenin borcunun sonradan ve objektif bakımdan imkânsız olmayacağı savunulur³⁹⁵. Dolayısıyla KAG sözleşmesinde garanti verenin borcu para borcu olduğu için, edimin başta imkânsız olması gibi sonradan imkânsız olduğu savunmasını yapamayacaktır. Buna karşılık doktrinde garanti verenin, sonraki hukuki imkânsızlık hallerini bir savunma olarak/itiraz olarak ileri sürülebileceği savunulmaktadır³⁹⁶.

Sözleşmede ifa imkânsızlığı ile ilgili olarak işlem temelinin çökmesi³⁹⁷ durumu ifa imkânsızlığı anlamına gelir mi?

İşlem temelinin çökmesi demek önceden tahmil edilemeyen gelişmeler yüzünden sözleşmenin temelini oluşturan olguların esaslı biçimde değişmesi anlamına gelir³⁹⁸. Bu

³⁹² ALTAY, s.94.; BK. m. 117’ye göre, sözleşmenin sona ermesinin şartları; ediminin imkânsızlaşması, imkânsızlığın devamlı olması, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olmaması hususlarının bir arada olması gerekir. Bkz. DURAL, s. 119 vd.

³⁹³ CANBOLAT, s.181.; KILIÇOĞLU, s.641 vd.; ALTAY, s. 92 vd.

³⁹⁴ DURAL, s. 109. 117 nolu dp’ta yer verilen yabancı ve yerli yazarlar.

³⁹⁵ CANBOLAT, s.181.; Doktrinde SEROZAN, para borcunun ifası ile ilgili olarak, para borçlusu özveri sınırının aşıldığı savunmasına ve buna bağlı ifa imkânsızlığı savunmasına sığınmadan her türlü koşul altında para borcunu ödemek zorundadır. Bu anlamda onun sorumluluğu sınırsızdır. Bkz. SEROZAN, s. 99-100.

³⁹⁶ CANBOLAT, s.182. Yazara göre, yabancı bir ülkede ikamet eden bir kişinin garanti alan durumunda olduğu bir garanti sözleşmesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra garanti verenin ülkesinde, yabancı ülkeye ambargo uygulaması amacıyla yasak getiren bir düzenlemenin yapılması düşünülebilir. Yine yazar 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile getirilen kısıtlamaların hukuki imkânsızlığa örnek gösterilebileceğini ifade etmektedir. Örnek olarak da, garanti veren bankanın dövizle ödeme yapması, bankanın taahhüdünün tabi olduğu hukuk düzeni tarafından yasaklanmışsa garanti veren banka, bu hususu garanti alana karşı ileri sürmek suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilir.

³⁹⁷ İşlem temelinin çökmesi kavramı yerine, “borcu aşan güçlük”, “aşırı güçlük”, “beklenmezlik” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bkz. DURAL, s. 25.

³⁹⁸ SEROZAN, s. 259., Yazar bu duruma örnek olarak da, “*Dövizle ödenmesi kararlaştırılmış olan faizin döviz patlaması yüzünden aşırı boyutlara fırlaması*” halini vermektedir. ; Kefalet sözleşmesinde işlem temelinin çökmesi ile ilgili olarak ÖZEN, Kefalet sözleşmesinde kefil kuralı olarak işlem temelinin çöktüğünü ileri sürerek, sorumluluktan kurtulamaz. Zira böyle bir olgunun kabul edilmesi kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat verme işlevine gölge düşürür. Ancak tarafların, kefalet sözleşmesi bakımından olağan sözleşme rizikosunu sayılamayacak olguları, sözleşmenin işlemi temeli katına çıkarması durumu, istisnai olarak kabul edilebilir. Örneğin, “*bir kimse, ileride devralmayı düşündüğü işletmenin borçları için kefil olur ve alacaklı da böyle bir düşünce altında kefil olunduğunu bilirse, işletme devrinin gerçekleşmemesi, işlem temelinin çöktüğü iddiasına olanak verebilir*” Bkz. Dietrich REINICKE/ Klaus TIEDTKE, Bürgschaftsrecht, Neuwied-Kriftel-Berlin 1995, s.74. (naklen) ÖZEN, s. 211.

şekilde sözleşmenin temelini oluşturan olgularda esaslı bir biçimde değişiklik olduğunda, kontrgaranti veren taraf, işlem temelinin çökmesine bağlı olarak, ifanın imkânsızlaştığı savunmasını yapabilir mi? KAG sözleşmesi ile garanti veren bir riski teminat altına almaktadır. Onun borcu riskin gerçekleşmesine bağlı olarak bağımsız bir şekilde üstlenilen yükümlülüğe dayalı olarak bir miktar paranın ödenmesidir. Garanti verenin borcu para borcudur. Garanti veren bir riski garanti altına almaktadır. Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İşlem temelinin çökmesi daha çok karşılıklı edimlerde edimler arasında bir oransızlık oluğu durumlarda söz konusu olur³⁹⁹. Dolayısıyla tez konumuz açısından işlem temelinin çökmesine bağlı olarak garanti veren tarafça ifa imkânsızlığı ve buna bağlı olarak sözleşmesel sorumluluğunun sona ereceğinin kabulü mümkün değildir⁴⁰⁰.

3.2.5-KAG Sözleşmesinde Tarafların İradelerinin Sıhhatli Olması (İrade Fesadı Halleri- Hata, Hile ve İkraha)

KAG sözleşmesinin akdedilmesi sırasında taraf iradelerinin sıhhatli olması gereklidir. Aksi takdirde, taraf iradeleri irade fesadı adı verilen hata, hile, ikrah⁴⁰¹ nedeniyle sakatlandığı takdirde sözleşme iptal edilebilir niteliktedir (BK. m.31). Yani, söz konusu durumlara maruz kalmış, hataya düşmüş veya hileye uğramış olan taraf, bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanacağı bozucu yenilik doğuran hak⁴⁰² olan iptal beyanı ile sözleşmeyi baştan itibaren geriye dönük olarak kesin hükümsüz hale getirme imkânı vardır⁴⁰³.

Sözleşme kurulurken tarafların irade ile beyanları arasında bilmeden veya istenmeden doğan uyumsuzluk halleri için irade fesadı halleri ifadesi kullanılır⁴⁰⁴. KAG

³⁹⁹ SEROZAN, s. 263.

⁴⁰⁰ Buna karşın İşlem temelinin çökmesi kurumunun kefalet sözleşmesi bakımından Alman Yüksek Mahkemesinin uygulamasında mümkün görülmüştür. Bkz. ÖZEN, s. 211.

⁴⁰¹ İrade fesadı halleri olan hata için “yanılma”, hile için “aldatma”, ikrah için, “korkutma” kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 258 vd.; NOMER, s.40-41.

⁴⁰² Yenilik doğuran hak terimini bugünkü anlamda ilk defa kullanan yazar Alman hukukçusu Seckel’dir.(naklen) EREN, s.58.; Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla bir ilişkinin kurulmasını, değiştirilmesini, ya da sona erdirilmesini sağlayan, kayıt ve koşula bağlanması mümkün olmayan, kullanılmakla tüketilen haklardır. Yenilik doğuran haklar, kurucu yenilik doğuran haklar (önalım, gerilim ve alım hakkı), değiştirici yenilik doğuran haklar(tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşmesi sonucu, BK. m.106’da alacaklıya tanınan seçimlik haklar) ve bozucu yenilik doğuran haklar (sözleşmeyi fesih, iptal hakkının kullanılması) olarak üçe ayrılır. Bkz. KILIÇOĞLU, s.14 vd.

⁴⁰³ İrade fesadı hallerinde söz konusu olan bir yıllık hak düşürücü süre, hata ve hilede öğrenmeden, ikrahta korkunun kalkması anından başlar. Sözleşme özel bir şekle tabi olsa bile, iptal beyanı özel bir şekle tabi değildir. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 280.; NOMER, s.41.

⁴⁰⁴ KILIÇOĞLU, s.126., İrade fesadı halleri adı verilen hata, hile ve ikrahta, İrade ile beyan arasında bilmeden ve istemeden meydana gelen bir uyumsuzluk hali söz konusudur. Fakat iki taraflı uyumsuzluk hali olan muvazaada, tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilinçli ve anlaşmaya dayanan bir uyumsuzluk hali söz konusudur. İrade ile beyan arasında bilerek yaratılan diğer haller “latife beyanı” ve “zihni kayıt”tır. EREN, s.312 vd. Latife Beyanında, beyan sahibi tarafından ciddi olarak istenmeyen, görünüşte, sözde bir beyandır. BK’

sözleşmesinde bir riskin garanti edilmesi söz konusu olduğu için, riskin garanti edildiği konusunda garanti veren tarafın hataya düşmesi sonucu veya hileye⁴⁰⁵ maruz kalması sonucu sözleşmeyi akdettiğinde, riski üstlenmesi durumu olduğunda nasıl bir çözüm yoluna gidilecektir.

Garanti sözleşmesi ve dolayısıyla KAG sözleşmesi, niteliği itibariyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan ve bu sözleşmede garanti alan herhangi bir yükümlülük altına girmediğinden, garanti alan tarafın hataya düşmesi veya hileye veya ikraha maruz kalması pek önem taşımayacaktır⁴⁰⁶. Bundan dolayı irade fesadı halleri anlatılırken, KAG sözleşmesi bakımından kontrgaranti veren/garanti veren tarafın iradesin sakatlandığı durumlar incelenecektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü bir geçersizlik sebebi olan “gabin”⁴⁰⁷ kurumuna, KAG sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için bu sözleşmeye uygulanması pek mümkün olmayacaktır.

İrade fesadı hallerinden ilki olan, hataya düşmüş sayılmak için, bir kimsenin sözleşme yaparken, bu sözleşmeyi yapmasına etkili olabilecek olan bir olay veya bir durum hakkında eksik ya da yanlış bir fikre sahip olması anlamına gelir⁴⁰⁸. Hatanın sözleşmenin

da latife beyanına ilişkin bir düzenleme yoktur. Zihni kayıta, beyan sahibi, iradesini beyan etmekle birlikte, beyan edilen sonucu istemediğini kendi zihninde gizleyip saklı tuttuğu takdirde, zihni kayıt söz konusu olur. Latife beyanı gibi, zihni kayıta ilişkin de BK’ da herhangi bir düzenleme yoktur. Zihni kayıta örnek olarak EREN, şu örneği vermektedir. “ A, rakibi B’ yi bir artırma salonunda görmekte ve aslında hiç istemediği halde sırf B’ ye zarar vermek ve onu kızdırmak için yüksek bir peyle artırmaya katılmakta ve sonunda bu mal A’ ya ihale edilmektedir.” Bu örnek ve başka örnekler için bkz. EREN, s.312-313.

⁴⁰⁵ BK’ da düzenlenen irade fesadı hallerinden hile ile ilgili geniş açıklama için bkz. Zekeriya KÜRŞAT, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No:168, 2003.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 93 vd.

⁴⁰⁶ CANBOLAT, s.168.

⁴⁰⁷ YÜCE, s. 70.; Gabin başlığını taşıyan BK. m.21 hükmü: “ Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder.”

BK. m.21’de düzenlenen Gabin ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu KALKAN, Türk Hukukunda GABİN, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Ocak 2004.

⁴⁰⁸ Hata, “gerçek hakkında, farkında olmadan, doğru bir tasavvur sahibi olmamak” şeklinde tanımlanabilir. Hata dar anlamda hata ve geniş anlamda hata olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamda hata gerçek hakkında yanlış tasavvuru ifade ederken, geniş anlamda hata, gerçeğe ilişkin tasavvur yokluğunu ifade eden bilgisizlik durumlarını ifade eder. Hata ile ilgili dar anlamda hata ve geniş anlamda hata hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip KOCA YUSUF PAŞAOĞLU, Borç Sözleşmelerinde Hata Durumu, (Hata), İstanbul: 1968, s. 30 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.575.

BK.m.23: “ Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz.”

BK.m.24: “ Esaslı hatalar, hassaten şunlardır:

- 1- Hata ettiğini iddia eden tarafın bir akit hakkında rızasını beyan ederken başka bir akit kastetmiş olması.
- 2- Hata ettiğini iddia eden tarafın akitte makudunaleyhi teşkil eden şeyden gayri bir şey kastetmiş yahut üzerine borç alırken başlıca nazarı itibara aldığı şahısta yanlış olması.

geçersizliğine yol açabilmesi için de esaslı olması gerekir. Ve KAG sözleşmesinde açıklandığı şekildeki şartları taşıyan nitelikte bir hata, yapılan sözleşmede bir geçersizlik sebebi olabilir. Saik hataları,⁴⁰⁹ basit hesap hataları ve sözleşmenin yapılmasında etkisi olmayan hatalar, KAG sözleşmesini geçersiz kılacak şekilde hatalar olarak kabul edilmez. Ancak garanti veren BK. m. 24/IV' teki şartların varlığı halinde, saikte hataya düşse dahi, bu hatasını ileri sürebilecektir⁴¹⁰. Bunun için garanti veren tarafın (hataya düşen tarafın) bazı vakaları, beyanının zorunlu bir unsuru kabul etmiş ve objektif bakımdan da bu vakaların ticari doğruluk kurallarına göre hukuki işlemin zorunlu bir unsuru sayılması gerekir⁴¹¹. İnceleme konumuz açısından tarafların sözleşmenin konusunu oluşturan, riskin konusu üzerinde anlaşmaları, iradelerin uyuşması gerekmektedir. Ve sözleşmenin konusunu oluşturan risk üzerinde hata durumu söz konusu olabilir. Yine sözleşmenin niteliğinde hata söz konusu olabilir⁴¹². Bunun dışında sözleşmenin konusunda⁴¹³ ve sözleşmenin yapılacağı karşı tarafın

3- Hata ettiğini iddia eden tarafın taahhüt ettiği ivazın kasdettiği şeyden ehemmiyetli surette çok ve mukabil ivazın ehemmiyetli surette az olması.

4- Hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması.

Akdin yalnız Saiklerine taalluk eden hata, esaslı değildir.

Adi hesap yanlışlığı, akdin sıhhatini ihlal etmez. Bunlar tashih olunmakla iktifa olunur.” Hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, hata esaslı olmadıkça, sözleşme geçerli olacaktır. Kanun koyucu hangi hallerin esaslı hata halleri olduğunu da sayma şeklinde sıralamıştır.

⁴⁰⁹ Bir kimseyi sözleşme yapmaya iten sebeplere “saik” adı verilir. BK, “Akadin yalnız Saiklerine taalluk eden hata, esaslı değildir” kuralını koyarak saik hatanın esaslı hata hali olmadığını hükme bağlamıştır. KILIÇOĞLU, s.131-132.; Saikte hata ancak, hataya düşülen durum, yanılan açısından ticari hayattaki dürüstlük kurallarına göre sözleşmenin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilebiliyorsa esaslı bir hatadır (BK. m.24/I).; Saikte hata haline örnek olarak, “ Bir yedek subay askere alınacağını düşünerek üniforma, çizme, tabanca, dürbün vesaire satın almış ve askere çağırılmamıştır. Yahut bir kimse, kızının evleneceğini düşünerek bir ev kiralyor, fakat kız nişanı bozuyor.” SAYMEN/ELBİR, s. 264-265.; NOMER, s. 43., Örneğin, “Ankara’ya tayini çıkan ve fakat daha sonra ataması iptal edilen bir kimse, iptalden habersiz olarak Ankara’da ev kiralarsa, daha sonra saikte hata nedeniyle sözleşmenin iptalini isteyebilir.”

⁴¹⁰ Beyan hatası ile saik hatası bir arada bulunabildiklerinden tam karşıt kavramlar sayılmazlar. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borç Sözleşmelerinde Hata durumu adlı eserinde bu iddiayı ortaya atarken, Heinrich TITZE’nin şu örneğini vermektedir: “ Bir kimse, bir makbuz imzalıyorum zannı ile bir kefalet senedi imzalıyor. Burada imza sahibinin, makbuz imzalamaya yönelen iç iradesi ile, kefalet sözleşmesine ilişkin beyanı arasında şüphesiz bir uygunsuzluk vardır ve bir beyan hatası mevcuttur. Şu var ki, söz konusu kişinin, makbuz imzaladığına dair yanlış bir tasavvurdan hareket ettiği göz önüne alınacak olursa(senedin mahiyeti hakkında yanlış değil doğru bilgi sahibi olsaydı imzasını atmayacaktı), olayda aynı zamanda bir saik hatasının da bulunduğu sonucuna varılır.” Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 49.

⁴¹¹ Aynı durum diğer bir şahsi teminat olan kefalet sözleşmesi içinde geçerlidir. Kefil hukuki bir hara sonucunda yanlış bir kanata sahip olmuşsa, bunu vasıfta hata olarak ileri süremeyecektir. Bkz. REİSOĞLU, KEFALET, s. 36.

⁴¹² Sözleşmenin niteliğinde hataya örnek olarak CANBOLAT, “garanti sözleşmesinde teminat veren taraf gerçekte bir kefalet sözleşmesi yapmak istemesine rağmen, yanlışlıkla kefalet sözleşmesine ilişkin formu doldurup garanti alana verirse sözleşmenin niteliğinde bir hata söz konusudur.” Bkz. CANBOLAT, s.169.; Benzer mahiyette başka bir örnek için bkz. YÜCE, s.168’deki 187 nolu dp’ta yer verilen örnek.; Kefalet sözleşmesinde kefilin başka bir sözleşme için örneğin bir rehin sözleşmesi için iradesini açıklamak isterken, kefalet taahhüdünde bulunması BK. m. 24/I anlamında bir hata halidir. Bkz. REİSOĞLU, KEFALET, s.35.

⁴¹³ Genel işlem şartları içeren sözleşmeler açısından hata söz konusu olabilir. Özellikle alışılmamış ya da şartıcı hükümler içeren genel işlem şartları içeren sözleşmeler, okunmadan ya da anlaşılmadan imza edilmesi halinde de hata nedeniyle iptal söz konusu olabilmelidir. KILIÇOĞLU, s.129.

şahsında hata yapılabilir. Bunun dışında garanti edilen bedelin miktarında hataya düşülebilir⁴¹⁴. Tüm bu hata hallerinde KAG sözleşmesi açısından da irade fesadı hali olan hata söz konusu olur ve hataya düşen garanti veren sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanabilir.

Diğer bir irade fesadı (irade sakatlığı) hali de BK. m.28'de⁴¹⁵ düzenlenen hiledir⁴¹⁶. Hileden söz edebilmek için, yapılan davranışın bazı özellikler taşıması gerekmektedir. Öncelikle, bir kimsenin başka bir kimseyi hataya düşürmeye yönelik bir davranışta bulunması gerekir. Daha sonra da, bu davranışın, hile kastı ile yapılması ve son olarak da yapılan bu davranış ile kurulan sözleşme arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁴¹⁷. Hilede hatadan farklı olarak hilenin esaslı olması aranmaz.

KAG sözleşmesinde üçüncü kişinin hilesiyle karşılaşılabilir⁴¹⁸. KAG sözleşmesinde garanti veren taraf, garanti alanın teminat altına alınan riskinin gerçekleşmesi sonucu uğrayacağı zararı parasal olarak tazmin eder. Ve bu sözleşmede kontrgaran her zaman lehtar olmayabilir. Lehtar dışındaki bir üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi de kontrgaran olabilir. Bu tür bir durumda lehtar garanti verecek olan kişiyi hileyle kandırarak sözleşme yapmasını sağlayabilir. Bu durum daha çok üçüncü kişi konumunda olan lehtarın garanti verecek olan tarafa,-kendi malvarlığı durumu konusunda, garanti bedelinin ödenmesi halinde rücu konusunun güvencede olduğu konusu hakkında veya garanti ile teminat altına alınan edime ilişkin diğer başka teminatların da bulunduğu- konusunda hileye maruz bırakılabilir⁴¹⁹. Tüm bu hallerde hile sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi tarafından yapılmaktadır. Bilindiği gibi üçüncü kişinin hilesi kural olarak sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Bu durumda hile maruz kalan kişi, sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder. Fakat sözleşmenin diğer tarafı, konumuz açısından banka, sözleşmenin yapıldığı sırada üçüncü kişinin hilesini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, hileye uğrayan taraf/garanti veren/kontrgaranti veren kişi sözleşmeyi iptal edebilir (BK. m.28/II).

⁴¹⁴ CANBOLAT, s.170.

⁴¹⁵ BK. m.28: “ *Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunamaz.*”

Üçüncü bir şahsın hilesine düşen tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Şu kadar ki diğer taraf bu hileye vakıf bulunur veya vakıf olması lazım gelirse, o akit lazım olmaz.”

⁴¹⁶ Hile kavramı ile ilgili olarak SAYMEN/ELBİR Şöyle bir tanım vermiştir: “*Hileden maksat, bir kimseyi akit yapmağa, yani iradesini izhar etmeğe sevk için bazı desiseler kullanmaktır.*” Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 270.

⁴¹⁷ SAYMEN/ELBİR, s. 272.; KÜRŞAT, s.11.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.599 vd.

⁴¹⁸ Şahsi teminatların diğer bir türü olan Kefalet sözleşmesinde hile ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, KEFALET, s. 37-38.

⁴¹⁹ CANBOLAT, s.174.

İrade sakatlıklarının son hali ise BK. m.29' da ki⁴²⁰ ikrah durumudur. İkrahta, bir kimsenin, istediği bir hukuki işlem yapılmazsa, başka bir kimsede, kendisinin veya yakınlarından birinin kötülüğe maruz kalacağı kanaatini uyandırması ve bu şekilde o kimsenin iradesi üzerinde baskı yapmasıdır⁴²¹. KAG sözleşmesinde ikraha ilişkin olarak özellikli bir durum söz konusu olmadığı için, ikraha ilişkin genel kurallar uygulanacaktır⁴²².

KAG sözleşmesinde taraf iradelerinin garanti edilen risk ve bu riskin bağımsız bir şekilde garanti edilmesi konusunda uyuşması gereklidir. Taraf iradeleri bu şekilde uyuşmadığı durumlarda sözleşme de geçerli olarak kurulmuş olmaz. Taraf iradelerinin iradeyi sakatlayan hallerden biri ile sakatlanması durumunda BK. m.31 gereği sözleşmenin iptali gündeme gelecektir⁴²³.

⁴²⁰ BK. m.29. “Eğer iki taraftan biri diğer tarafın yahut üçüncü bir şahsın ikrahiyle bir akit yapmış olursa, kendi hakkında lüzum ifade etmez.

İkrah, üçüncü bir şahsın fiili olup da diğer taraf ona vakıf olmamış veyahut vakıf olması lazım bulunmamış olduğu takdirde bu ikraha düçar olan taraf, akdi feshederse, hakkaniyet iktiza ettiği halde diğer tarafa tazminat vermeğe mecburdur.”

⁴²¹SYAMEN/ELBİR, s. 275. Yazar, ikrahi “maddi ikrah” ve “manevi ikrah” olarak ikiye ayırmaktadır. İkrahin her iki çeşidi ve bunlara verilen örnekler için bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 275.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.605 vd.; EREN, s.363 vd.; KILIÇOĞLU, s.144 vd.; KÜRŞAT, s. 146-147.

⁴²² KAG sözleşmesi gibi bir teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmesinde ikrah ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, KEFALET, s. 38-40.

⁴²³ BK. m.31: “Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder.

Hile ile haleldar olmuş yahut ikrah ile yapılmış olan bir akde icazet, zarar ve ziyan talebinden feragati istilzam etmez.”

4. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:

KAG SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

4.1-KAG SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Banka tarafından teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere lehtar veya bir üçüncü kişi ile imzalanan kontrgaranti metninde yazılı hususlar, aynı zamanda tarafların hak ve yükümlülüklerini de belirler. Sözleşmede taraflardan birinin hakları, diğer tarafın yükümlülükleridir. Uygulamada banka teminat mektuplarının metinlerine konulan kayıtların aynısı kontrgaranti metinlerine de konulmaktadır⁴²⁴. Böylece teminat mektubu düzenleyerek ağır ve istisnai bir sorumluluk altına giren bankalar, teminat mektuplarındaki kayıtların aynısını kontrgaranti metinlerine koyarak kendilerini garanti altına almaktadırlar. Bankalar müşterilerine imzalattıkları kontrgarantilerde; müşterinin bankada mevcut olan ve ileride mevcut olabilecek tüm alacak, mevduat gibi şeyleri kontrgarantiden doğabilecek yükümlülüklerinin teminatı olarak rehin edilmektedir⁴²⁵. Bu hususlar garanti sözleşmesinin dışında kalır. Böylece bankalar kendilerini sağlama alır.

KAG sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşme ile sadece kontrgaran yükümlülük altına girer. Garanti alan (banka) taraf ise kural olarak borç altına girmez ve garanti veren tarafa karşı bir alacak hakkı elde eder. Sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen, hükümlerini her iki tarafın hukuk sahasında doğurur. Ancak, taraflar anlaşarak bir takım ek yükümlülükler altına girebilirler. Bunun önünde herhangi bir engel söz konusu değildir.

KAG sözleşmesi, bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riskinin garanti edilmesi temelinde kurulur. Garanti veren tarafın riski üstlendiği iradesini açık ve net bir şekilde açıklaması gerekir⁴²⁶. Garanti veren tarafça üstlenilen bu risk bağımsız bir şekilde

⁴²⁴ Bankalar, teminat mektuplarında yer alan ve bu mektuplara garanti sözleşmesi niteliği veren kayıtları kontrgaranın ve diğer garanti verenlerin yükümlülüğü biçiminde kontrgarantilere ilave edilmektedir. Bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.404.

⁴²⁵ Yargıtay 11.HD. 08.07.1987, 3551/4149 sayılı kararında: “ ... davalı T.imar Bankası A.Ş. her ne kadar dava konusu(200.000.000) liralık ve (60.000.000) liralık iki adet bonoyu TC Merkez Bankasına vermek üzere almış ve fakat T.C. Merkez Bankasına vermemiş ve elinde bulunması sebepsiz kalmış gibi görünmekte ise de kredi sözleşmesinin 16.maddesinin açık hükmü ve dava tarihinde de yabancı Rafidain Bank’a vermiş olduğu 744.450 Dolar tutarında ve bonolarda yazılı meblağı aşar miktarda teminat mektubu riski bulunması karşısında davalı bankanın dava konusu bonoları elinde tutmasının yasal hakkı olduğu” sonucuna varmıştır.(naklen) REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.413.

⁴²⁶Kontrgarantinin zimni irade beyanı ile kurulabileceğine ilişkin Yargıtay 11.HD. 11.05.1978 tarih 2012/2453 sayılı kararı için bkz. 256 nolu dp. Ve daha önce KAG sözleşmesinde icap başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

üstlenilir. Dolayısıyla KAG sözleşmesi temel aldığı risk kavramı ve bu riskin bağımsız bir şekilde üstlenildiği çerçevede değerlendirilmelidir. Buna bağlı olarak sözleşmeyle bankanın teminat mektubu riskini garanti eden, garanti veren tarafın sorumluluğunun başlangıcı, sona ermesi, garanti alan (banka) tarafın zararın karşılanması (zararın parasal karşılığı) talebinin muacceliyeti, kapsamı gibi konuların tamamı, sözleşmeyle tanımlanan ve üstlenilen risk çerçevesinde değerlendirilir. Bu bakımdan daha önce ikinci bölümde garanti sözleşmesinin unsurları adı altında “risk” kavramı incelenmiş olmasına rağmen, bu sefer KAG sözleşmesinin hükümleri ile birlikte düşünülerek “risk” kavramı anlatılacaktır.

KAG sözleşmesinde garanti veren garanti ettiği hukuki ilişkiden bağımsız olarak yükümlülük altına girmektedir. Kontrgaranın borcu hem teminat mektubunun garanti altına aldığı temel borç ilişkisinden hem de teminat mektubu ilişkisinden bağımsız bir borçtur. Kontrgaran bankanın başvurusu üzerine garanti ettiği meblağı ödeme zorundadır. KAG sözleşmesi ile bağımsız bir yükümlülük altına giren tarafın borcunun niteliği doktrinde tartışmalı bir konudur. Garanti verenin borcunun niteliğinin ne olduğu aşağıda anlatılacaktır.

4.2-KAG SÖZLEŞMESİNDE RİSK KAVRAMI

KAG sözleşmesinde sözleşme, bir riskin bağımsız bir şekilde üstlenilmesi temelinde kurulmaktadır⁴²⁷. Burada garanti edilen risk bankanın temel borç ilişkisini garanti altına almak için düzenlediği teminat mektubunun paraya çevrilmesi riskinin garanti edilmesidir. Burada bankanın temel borç ilişkisini garanti ederek teminat mektubu düzenlemesi ve teminat mektubunun paraya çevrilmesinin bankadan istenmesi KAG sözleşmesi açısından risk teşkil etmektedir.

KAG sözleşmesinde, sözleşmeye konu riskin görünüş halleri, riskin gerçekleşmesi, riskin kapsamı ve riskin ortadan kalkması halleri bu başlık altında incelenecektir.

KAG sözleşmesinde risk, teminat mektubu ilişkisinde garanti veren bankanın ödeme yapma durumunda söz konusudur. Banka teminat mektubu vererek temel borç ilişkisinde lehtarın muhataba karşı olan borcunu garanti etmektedir. Banka teminat mektubu ilişkisinde garanti veren olarak temel borç ilişkisinden kaynaklanan lehtarın riskini garanti etmektedir⁴²⁸. KAG sözleşmesinde de kontrgaranti veren, bankanın teminat mektubu ilişkisinden

⁴²⁷Bkz. “Risk” kavramı ile ilgili ikinci bölümde garanti sözleşmesinin unsurları başlığı altında yaptığımız genel nitelikli açıklamalar. Daha önce garanti sözleşmesinde “Risk” başlığı altında izah edildiği üzere, garanti edilen olgu tehlike kavramı ile değil de risk kavramı ile adlandırılması gerektiği savunulmaktadır.

⁴²⁸ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 41.

kaynaklanan riskini garanti etmektedir. Bankanın garanti ettiği temel borç ilişkisindeki riskin gerçekleşmesi ile birlikte muhatap yazılı olarak bankaya başvurarak teminat mektubu ile garanti edilen meblağın kendisine ödenmesini istemektedir. Bu şekilde kendisine ödeme için başvuru bankaya garanti ettiği meblağı ödemek zorundadır. Ve bu ödediği meblağı dönüp kontrgarandan talep eder.

KAG sözleşmesi ile garanti edilen riskin kamu düzenine, ahlâk ve adaba aykırı olmaması gerekir⁴²⁹.

KAG sözleşmesinde riskin belirli veya en azından belirlenebilir olması gerekir⁴³⁰. Garanti veren kefalette kefilin sahip olduğu haklara sahip olmadığından onun sorumluluğu daha ağırdır. Bu şekilde ağır bir yükümlülük altına giren tarafın hangi riski garanti ettiğini bilmesi gerekir. KAG sözleşmesi ile bir riski üstlenen garanti veren, bunun sonucunda ortaya çıkan zararın parasal karşılığını ödeyerek borcunu ifa eder. Ve dolayısıyla riskin belirli olması, bir yönü ile zararın parasal karşılığının belirli olması anlamına gelir. Uygulamada banka ile imzalanan kontrgarantilere hangi meblağa kadar garanti teşkil ettiği yazılmaktadır⁴³¹. Kontrgaranti metnine yazılan hangi miktara kadar teminat mektubu ilişkisinin garanti edildiğine dair meblağ, teminat mektubunda yazılı olan meblağ dikkate alınarak belirlenir. Her garanti sözleşmesi belirli bir riski garanti etmektedir. Riskin belirli olması veya en azından belirlenebilir olması gerekir. Garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden, genel olarak, -doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti

⁴²⁹ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.47.; KAG sözleşmesinin hukuka, ahlak ve adaba ve kişilik hakkına aykırı olması durumuna bağlanan sonuçlar ile ilgili olarak bkz. daha önce, “KAG sözleşmesinin hukuka ve ahlâk ve adaba aykırı olmaması” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁴³⁰ Bkz. Riskin belirlenebilir olması gerektiği ile ilgili olarak daha önce 2.bölümde garanti sözleşmesinin unsurları anlatılırken yer verilen “Risk” başlığı altında yer verdiğimiz açıklamalar. Ve özellikle “Risk” başlığı altında yer verdiğimiz Yargıtay 19.HD. 25.05.2000 tarih 7107/8738 kararında “ *Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan(belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz*” demektedir. Yargıtay kararı için bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 40.

⁴³¹ Banka bu meblağın üzerinde teminat mektubu verse bile, kontrgarana kontrgaranti meblağı ile sınırlı olarak başvurabilir. Yargıtay’a intikal eden bir olayda Yargıtay 11. HD. 11.12.1987 tarihinde 7742/6985 sayılı kararıyla, “ *kontrgarantideki üst limiti 50 milyon lira olduğu anlamında kabul etmek gerektiği; diğer bir deyimle cari kur ve libor faizi nazara alınmakla birlikte bunun tutarının 50 milyon lirasını aşamayacağını taahhüt edilmiş olduğu*” gerekçesiyle bankanın fazlaya dair talep hakları reddedilmiştir. Bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.400-401.; Teminat mektubu vererek bağımsız bir yükümlülük altına giren banka, kontrgaranti limiti ile bağlı olmaksızın kontrgarana başvurmak istiyorsa, hazırlanacak kontrgaranti metnine banka lehine bu hükme yer verilmeli ve bunun kontrgaran tarafından imzalanması gereklidir. Fakat kontrgaranti metnine bu şekilde bir hüküm konulması garanti edilen riskin belirli veya en azından belirlenebilir olmasını ortadan kaldırmaz.

edildiği-nden bahsetmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesinde bahsettiğimiz riskin belirli olmasıyla bağdaşmaz⁴³².

KAG sözleşmesi ile bağımsız bir şekilde teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan risk garanti edilmektedir. Kontrgaran her ne kadar teminat mektubundan bağımsız olarak bir riski garanti etmekse ise de sonuçta sözleşme ile kontrgaran, teminat mektubu veren bankanın riskini garanti etmektedir. Sözleşme metninde garanti altına alınan bankanın teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riski yeteri kadar tanımlanmış ise, riskin belirlenebilir olmasını sağlar. Teminat mektubu ilişkisi, bu ilişkinin niteliği, tarafları, bu ilişkinin taraflara yüklediği hak ve borçların metinde tam ve açık bir şekilde yer alması, riskin belirlenebilir olması anlamına gelir. Bu şekilde olası bir ihtilaf durumunda riskin kapsamının belirlenmesi kolaylaşacaktır. Uygulamada hemen her zaman ileride ihtilaf olabileceği ihtimaline karşı kontrgaranti metnine özellikle kontrgaranın sorumlu olacağı azami meblağ ve bu meblağın kapsamına nelerin gireceği açıkça yazılır⁴³³.

KAG sözleşmesinde garanti edilen riskin kapsamına neler girmektedir. Bu husus kontrgarantiye konulan kayıtları ilgilendirmektedir⁴³⁴. Kontrgaranti metnine kontrgaranın ne miktara kadar bankaya karşı sorumlu olacağı yazılır⁴³⁵. Yine kontrgaranti metnine teminat mektubunun mer'î olduğu sürece belli bir tarife göre belirli bir oranda komisyon alınacağı yazılır. Bunun dışında, “ muhatap makam veya kuruluşun ilk yazılı isteği üzerine bankanın teminat mektubu tutarını ödeme yetkisi bulunduğu ve bu ödenen meblağın faiz, komisyon ve diğer masrafları ile birlikte ve bankanın **ilk yazılı talebi üzerine müşteri(lehtar, borçlu) tarafından bankaya ödeneceği**” hususu kontrgaranti metnine yazılır ve riskin kapsamındadır⁴³⁶. Riskin gerçekleştiğinde ve ödeme geciktirildiği takdirde temerrüt faizini ödeme hususu da kontrgaranti metnine yazılır⁴³⁷. Böylece riskin gerçekleşmesine bağlı olarak ödemenin kapsamına giren kalemler de kontrgaranti metnine yazılmaktadır.

KAG sözleşmesinde risk gerçekleşmesine rağmen garanti alan banka alacağını tahsil edemiyor ise, alacağının tahsili için kanun yollarına başvurur. Banka alacağını tahsil için

⁴³² DOĞAN, s.36.

⁴³³ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.400 vd.

⁴³⁴ Kontrgaranti metnine konulacak kayıtlarla ilgili olarak bkz. daha önce 1.bölümde 17 nolu dp'ta yer verdiğimiz açıklamalar. Ayrıca bu konuda daha geniş bilgi için bkz. PAMUKÇU, s.64-81.

⁴³⁵ Kontrgarantide bir üst limit belirlenirken, bu limit dışında ayrıca sorumlu olunacak hususlar kontrgaranti metninde tek tek sayılır. Bu şekildeki kayıtlar geçerlidir. Bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.401.

⁴³⁶ PAMUKÇU, s.65-66.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.401.

⁴³⁷ PAMUKÇU, s.66.

kanun yollarına başvurduğunda yapılacak mahkeme ve icra masrafları ile vekâlet ücreti⁴³⁸ de kontrgaranti metnine yazılır. Dolayısıyla garanti veren taraf riskin gerçekleşmesine bağlı olarak ödeme yapmadığı durumda eklenecek bu masrafları da ödemek zorunda kalacaktır. Buradaki masraf kalemleri riskin kapsamında olmayıp, riskin gerçekleşmesine bağlı olarak ödemenin kapsamına girmektedir.

Garanti veren tarafın iflası durumunda riskin gerçekleşmesi durumuna bakalım. İİK.m.195'te "Müflisin Borçlarının muacceliyet kesbetmesi" başlığı altında bu konuya yer verilmiştir. Maddeye göre: "*Borçlunun gayrimenkul mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere iflasın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar. İflasın açıldığı güne kadar işlemiş faiz ile takip masrafları anaya zammolunur.*" Denmektedir. Garanti veren iflas ettiğinde az önce zikredilen İİK. m. 195 uygulama alanı bulur. Fakat bu durum garanti alan tarafın alacağına kavuştuğu anlamına gelmez. Burada garanti veren iflas etmiş olması, kişisel bir teminat vermiş olan garanti verenden alacak hakkı talebi olan kişiye alacağını öncelikle tahsil hakkını vermez. Garanti verenin tüm malvarlığı bir masa teşkil eder ve alacaklı diğer alacaklılarla birlikte alacağına kavuşmaya çalışır. Burada İİK. m. 195 uyarınca alacağı muaccel olsa bile durum değişmeyecektir. Kaldı ki, daha risk gerçekleşmemiştir ve alacak şarta bağlı olduğundan, alacak az önce belirtildiği üzere iflas masasına alacak kaydı yapılır ve şartın gerçekleşmesi halinde ödeme yapılır⁴³⁹.

İflas dışında 4949 sayılı yasa ile İİK' muza yeni bir kurum olarak giren iflasın ertelenmesi⁴⁴⁰ durumunda riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bakalım. Garanti veren taraf mahkemeden iflasın ertelenmesi kararı aldığı durumda ne olacak? İflasın ertelenmesini düzenleyen İİK. m. 179 vd. maddelerinde iflasın ertelenmesine bağlı olarak borçlunun borçlarının muaccel olacağına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Burada özellik arz eden bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla garanti veren hakkında iflasın ertelenmesi kararı verildiğinde garanti veren tarafın borcu muaccel hale gelmez. Burada garanti veren

⁴³⁸ Avukatlık ücreti Türkiye Barolar Birliği tarafından önceden tespit ve ilan olunan tarifeye göre belirlenir.

⁴³⁹ Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/ Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/ Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.394.

⁴⁴⁰ İflasın ertelenmesi kararının etkilerini düzenleyen İİK.m.179/b' de iflasta olduğu gibi ertelemede de borçların muaccel olacağına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Maddeye göre: "*Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü süre müddetleri işlemez*" iflasın ertelenmesi ile ilgili olarak daha geniş bilgi için bkz. Oğuz ATALAY, "İflasın Ertelenmesi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.s. 90.; Selçuk ÖZTEK, İflasın Ertelenmesi, İstanbul: Arıkan Yayınları, Ocak 2007. s.15 vd.; Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4949,5092,5311 ve 5358 sayılı Kanunlara Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 19. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.556-557.

taraf hakkında iflasın ertelenmesi kararının verilmiş olması riskin gerçekleşmesine engel değildir. Risk gerçekleşmesiyle beraber garanti alan tarafın garanti verene başvurmasının önünde herhangi bir engel söz konusu değildir. Riskin gerçekleşmesine bağlı olarak garanti veren tarafa ödeme için İİK. m. 179/b “ *İflasın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı kanun dahil hiçbir takip yapılamaz*” İcra takibi yapılamayacaktır⁴⁴¹.

Garanti sözleşmesinde acaba garanti veren, garanti sözleşmesi kurulduktan sonra, garanti edilen riskin sonradan artması durumunda, artan bu riski de üstlenecek midir? Başka bir deyişle, garanti verenin sorumluluğunun kapsamına, garanti edilen riskin sonradan artması dâhil olacak mıdır?

Garanti sözleşmesinde garanti edilen risk, garanti alanın davranışı nedeniyle ya da hayatın olağan akışı içinde kendiliğinden artabilir. Bu durumda garanti verenin artan riskten dolayı sorumlu olup olmayacağı değişecektir.

Garanti edilen riskin gerçekleşmesinde veya riskin sonradan artmasına garanti alan taraf sebep olmuşsa durum ne olacak?⁴⁴²

Garanti alan, bizzat kendi gerçekleştireceği bir fiilin getirdiği riskin güvence altına alındığı hallerde, kendi davranışları ile riskin artmasına neden olmamakla yükümlüdür. Bizzat kendi kusurlu davranışı ile riskin artmasına neden olan garanti alan, artan bu riskin garanti verenin sorumluluğu kapsamında olduğu iddia edilemez⁴⁴³.

Bazen risk, hayatın olağan akışı içinde, kendiliğinden artabilir. Riskin bu şekilde arttığı durumlarda garanti veren artan kısım içinde sorumlu olmaya devam edecektir. Risk garanti sözleşmesinin özelliği ve amacı gereği artmışsa, artan kısım için garanti veren sorumlu olmaya devam eder⁴⁴⁴. Teminat mektubu veren banka bu tür durumlara karşı kendini garantiye almak istiyorsa, kontrgaranti limiti ile bağlı olmaksızın kontrgarana başvurmak istiyorsa, bu hususu kontrgaranti metnine yazdırması gerekir. Bu şekildeki kayıtlar geçerlidir. Fakat bu şekildeki kayıtların tabi ki kontrgaranca da imzalanması gerekir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.557.

⁴⁴² Bu husus, yani garanti altına alınan riskin gerçekleşmesinde veya riskin sonradan artmasına garanti alanın sebep olduğu bir durumda garanti veren taraf sorumlu olmaya devam edecek midir? Hususu daha önce anlatılmış olmasına rağmen, bu başlık altında tekrar anlatılacaktır.

⁴⁴³ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.12.; Ayrıca bkz. daha önce 2. Bölümde “Risk” kavramı anlatılırken yaptığımız açıklamalar.

⁴⁴⁴ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s.12.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.812.

⁴⁴⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.400-401.

KAG sözleşmesi ile garanti veren taraf sözleşmeden bankanın teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riskini bağımsız bir şekilde üstlenmektedir. Garanti veren tarafın borcu riskin gerçekleşmesine bağlı olarak garanti alan tarafın uğrayacağı muhtemel zararın ödenmesidir. Dolayısıyla sözleşme belirli bir riskin bağımsız olarak garanti edilmesi temelinde kurulmaktadır. Garanti edilen risk ortadan kalkarsa, riskin gerçekleşmesi imkânı ortadan kalkarsa garanti veren taraf sorumlu olmaktan kurtulur⁴⁴⁶.

KAG sözleşmesinin belirli bir süre için yapıldığı durumlarda, sözleşme ile öngörülen sürenin risk gerçekleşmeden dolması halinde, riskin süre dolmadan gerçekleşmemesi sonucu garanti sözleşmesi sona erer⁴⁴⁷. Bazen risk gerçekleşmesine rağmen, garanti veren tarafın sorumluluğu sona ermektedir. Örneğin, süreli garantilerde sürenin dolmasından sonra riskin gerçekleşmesi durumu, böyle bir durumda kendisine ödeme için başvuru alan garanti veren risk gerçekleşmiş olmasına rağmen, risk belirlenen süre içerisinde gerçekleşmediğinden kendisine ödeme için yapılan başvuruyu reddedecektir⁴⁴⁸.

4.3-BANKANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

KAG sözleşmesinde garanti alan taraf olan banka, bu sözleşmede kural olarak bir yükümlülük altına girmez.

4.4-KAG SÖZLEŞMESİNDE GARANTİ VEREN TARAFIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

4.4.1-Genel Olarak

KAG sözleşmesinde garanti veren taraf garanti edilen riskin gerçekleşmesi durumunda garanti ettiği meblağı ödemek durumundadır. Bu da kontrgaranti metnine yazılan azami meblağdır. Bu şekilde ödeme yapma durumunda kalan garanti verenin borcunun hukuki niteliği nedir? Garanti verenin borcunun hukuki niteliği konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır⁴⁴⁹. Bu görüşlerden ilki, garanti verenin borcunun bir tazminat borcu olduğudur⁴⁵⁰. Garanti verenin borcunun niteliğinin ne olduğu ile ilgili olarak diğer görüş ise,

⁴⁴⁶ CANBOLAT, s. 126-127.; KAHYAOĞLU, 106-107.

⁴⁴⁷ KAHYAOĞLU, s. 106-107.

⁴⁴⁸ CANBOLAT, s. 127.; KAHYAOĞLU, s. 106-107.

⁴⁴⁹ KAHYAOĞLU, s.59.

⁴⁵⁰ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 151., Yazar, garanti sözleşmesi ile garanti verenin garanti alanın garanti konusu riskin gerçekleşmesine bağlı manevi zararını tazmin etmeyi yükümlenmesinin de mümkün olduğu savunmaktadır. Bkz. REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 153-154.; YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.855.; FRANKO, s.592.

bunun bir para borcu olduğu görüştür⁴⁵¹. Aşağıda bu iki görüş açıklanacak. Kontrgaranın borcunun niteliği açıklandıktan sonra bu borcun kapsamı, garanti verenin borcunun muacceliyeti ve garanti verenin temerrüdü ve son olarak zamanaşımı anlatılacaktır.

4.4.2- Kontrgaranın Borcunun Hukuki Niteliği

KAG sözleşmesinde garanti verenin asli borcu bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riskin gerçekleşmesi/teminat mektubunun paraya çevrilmesi durumunda uğrayacağı zararın parasal değeri olarak karşılanması ödeme borcu altına girer. Kontrgaranın borcu, kontrgaranti metninde belirlenen meblağı ödemektir. Onun borcu para borcudur. KAG sözleşmesinde garanti edilen azami meblağ açıkça yazılır.

Daha önce de izah edildiği gibi, KAG sözleşmesi banka sözleşmelerindendir. Ve banka garanti sözleşmesinden doğan borcun niteliği konusunda, doktrinde tartışmalar mevcuttur. Şimdi bu tartışmalara bakalım:

Garanti verenin borcunun tazminat borcu olduğunu savunan TANDOĞAN, garanti sözleşmesinin hükümlerini incelerken, garanti verenin borcunu tazminat borcu olarak nitelemiştir. Yazar, “garanti veren, garanti alanın bir davranışına veya girişimine bağı olarak gerçekleşmemesi hususunda teminat verdiği rizikonun gerçekleşmesi halinde doğan zararı tazminle yükümlüdür”.⁴⁵² demektedir.

REİSOĞLU, “Garanti Mukavelesi” adını taşıyan eserinde, garanti verenin tazminat ile yükümlü olduğunu açıkça belirtmektedir⁴⁵³. Burada kastedilen müspet zararın⁴⁵⁴ tazminidir.

⁴⁵¹ KAHYAOĞLU, s.61.

⁴⁵² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.855. Yazar, garanti verenin riskin gerçekleşmesine bağı olarak tazminat borcu altına girdiğini belirtmektedir. Burada 10 dp’ da ki yazarlara atıfta bulunarak kastedilen zararın doktrindeki baskın görüş doğrultusunda müspet zarar olduğunu savunmaktadır. Gerçekten garanti veren, garanti alanın davranışıyla ilgili teşebbüsün belli bir sonuca ulaşması yahut bir üçüncü kişinin belli bir edimde bulunması halinde elde edeceği ve rizikonun gerçekleşmesiyle yoksun kaldığı yararı tazmin edecektir; sadece menfi zararın, özellikle garanti alanın kendi davranışı için yaptığı ve boşa giden masrafların ödenmesi genellikle onu bu davranışa yöneltmek için yeteri derecede çekici olmayacaktır. Yazar görüşünü bu şekilde açıkladıktan sonra bu görüşünü teyit eden bir Yargıtay kararına 855.sayfada yer vermiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi’nin 25.02.1958 Tarih, E.58-56/K.515. sayılı İçtihadı, “ ... *garanti akdini tazammun ediyorsa böyle bir akitle üçüncü bir şahsın fiilini taahhüt eden şahıs ademi ifa halinde müsbet ve tavizi mahiyette zarar ve ziyan tediyesine mecburdur...* ”; Doktrinde YÜCE de BK. m.110’da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhütte asli borcun zarar ve ziyanın tazmini olduğunu kabul etmektedir. Bkz. YÜCE, s.88.

⁴⁵³ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 151 vd.

⁴⁵⁴ Müspet zarar-menfi zarar ayrımı, sözleşme sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Menfi zarar sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. EREN, s.482.; Müspet (olumlu) zarar alacaklının, borcun ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden

REİSOĞLU, “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler” adlı eserinde “ her teminat mektubu ile belli bir riskin garanti edildiğini, bu riskin genellikle başkasının fiilini taahhüt şeklinde ortaya çıktığını, bu riskin ortaya çıkması halinde garanti alanın teminat mektubunda belirlenen azami garanti miktarına kadar bankadan tazmin talebine hak kazandığını” ifade etmektedir⁴⁵⁵.

YAVUZ’ a göre⁴⁵⁶, garanti verenin borcunun hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde baskın görüşün, garanti verenin borcunun tazminat borcu olduğudur. Yazar, garanti verenin borcunun garanti konusu riskin gerçekleşmesi dolayısıyla meydana gelen garanti alanın müspet zararının tazmin edilmesi oluşturur. Hatta yazar garanti sözleşmesi ile garanti verenin garanti alanın garanti konusu riskin gerçekleşmesine bağlı olarak manevi zararını tazmin etmeyi de yüklenmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır⁴⁵⁷.

FRANKO⁴⁵⁸, BK. m. 110’a göre, bir üçüncü şahsın fiilini taahhüt eden kimse, bu fiil üçüncü şahıs tarafından ifa edilmediği takdirde, zarar ve ziyanı tazmine mecburdur. Tazmin edilmesi gereken zarar, aksi kararlaştırılmadıkça “müspet” zarardır.

OĞUZMAN/ÖZ,⁴⁵⁹ “taahhüt edenin borcunun konusu, üçüncü kişinin davranışı değil, bunun gerçekleşmemesi üzerine ödenecek tazminattır.”

Garanti verenin borcunun bir tazminat borcu değil de bağımsız bir borç olduğu da doktrinde savunulmaktadır. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlardan DOHM,⁴⁶⁰ “garanti alan, bankadan, garanti sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa etmesini istediği takdirde, banka kendi borcunu yerine getirmektedir. Bu ifa tazminat niteliği taşımamaktadır, çünkü tazminat kavram olarak sadece zarara sebebiyet veren ile tazminat borçlusu aynı kimseler

uğradığı zarardır. Başka bir ifadeyle, alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile, borcun ifa edilememiş olması halinde arz ettiği durum arasındaki farkı ifade etmek için kullanılan zarar kavramıdır. Menfi zarar ise, hüküm ifade edeceğine güvenilen bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya kurulacağına inanılan bir sözleşmenin kurulmaması sonucu uğranılan zararı (olumsuz zararı) ifade etmek için kullanılır. Sözleşmenin yapılacağına güvenen kimsenin sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya sözleşmenin kurulmaması halinde malvarlığının aldığı durum ile, bu olay hiç gerçekleşmese idi malvarlığının arz edeceği durum arasındaki fark menfi zarardır.bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.339 vd.; Feyzi Necmeddin FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, (C.II),Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 474 vd.; SAYMEN/ELBİR, s. 461 vd.

⁴⁵⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.105

⁴⁵⁶ YAVUZ, Özel Hükümler, s.879.

⁴⁵⁷ Garanti verenin garanti alanın davranışına bağlı bir manevi zarar doğması tehlikesini de üstlenebileceği ve risk gerçekleştigi takdirde manevi tazminat ödemekle yükümlü tutulabileceği görüşü için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.855.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 153-154.

⁴⁵⁸ FRANKO, s. 583 vd.

⁴⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 801.

⁴⁶⁰ DOHM, Bankgarantien Im Internationalen Handel, Bern 1985. N.70.(naklen) KAHYAOĞLU, s.60-61.

olduğu takdirde bahis konusudur. Banka sözleşme ile sadece kendi ödeme taahhüdünden kaynaklanan ve lehtar hesabına vuku bulan, belirli bir miktar parayı ödeme borcu altına girmektedir”. Aynı görüşü savunan diğer bir yazar KLEİNER,⁴⁶¹ garanti veren sıfatı ile bankanın kendini borcunu yerine getirdiği, bunun bir tazminat borcu olmadığı açıkça ifade etmektedir. Yazar, lehtarın temel ilişkiden kaynaklanan borcunun, beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeni ile ortadan kalkması durumunda dahi, bankanın borcunun bağımsızlığı nedeniyle devam edeceğini” savunmaktadır⁴⁶². Doktrinde aynı görüşü paylaşan ARKAN’ da⁴⁶³ lehtar-muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan borç mücbir sebep, kaza nedeniyle son bulsa dahi, garanti verenin sorumluluğunun devam edeceğini savunmaktadır. Yazar, borçlunun borçtan kurtulmuş olması, garanti verenin sorumluluğunu etkilemeyeceğini savunmaktadır.

Garanti verenin borcunun hukuki niteliği ile ilgili son olarak KAHYAOĞLU,⁴⁶⁴ “Banka Garantileri” adlı doktora tezinde “banka garanti sözleşmesinden doğan borcun niteliği” ile ilgili doktrindeki görüşlere yer verdikten sonra kendi görüşünü şu şekilde açıklamaktadır. “ banka garantilerinde bankanın garanti alana karşı, kendi bağımsız ödeme taahhüdünden kaynaklanan belirli bir miktar parayı ödeme borcu altına girmektedir.” Yine yazara göre, “banka garantilerinde, para borcu şeklinde belirlenmiş bir asli edim söz konusu olduğu ve tazminat da bir asıl borca bağımlılık gerektirdiği için, tazminat borcundan söz etmek olanaksızdır.”

4.4.3-Değerlendirme Ve Görüşümüz

KAG sözleşmesi ile kontrgaran bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riskini garanti altına alır. Teminat mektubu düzenleyerek ağır bir sorumluluk altına giren banka açısından lehtar veya lehtar dışındaki bir üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişiden kontrgaranti alması kefalette kefilin sahip olduğu rücu hakkından mahrum olan banka için bir zorunluluktur. Bu şekilde kendini güvence altına alan banka, teminat mektubu ilişkisinde garanti altına aldığı riskin gerçekleşmesi ve muhatabın yazılı talebi üzerine derhal ödeme yapmak durumundadır. Garanti veren banka teminat mektubunda yazılı meblağa kadar muhataba ödeme yapacaktır. Banka burada temel borç ilişkisinden bağımsız bir yükümlülük

⁴⁶¹ KLEİNER B., Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990.N.602 vd.(Naklen) KAHYAOĞLU, s.61.

⁴⁶² Yine aynı görüşte olan diğer yabancı yazarlar için bkz. KAHYAOĞLU, s.61’de yer alan 47, 48 ve 49 nolu dp’ta yer alan yabancı yazarlar.

⁴⁶³ ARKAN, Bankanın Hukuki Durumu, s.69.

⁴⁶⁴ KAHYAOĞLU, s.61-62.

üstlenmekte ve kendisine ödeme için yazılı olarak başvurulduğunda garanti ettiği ilişkide lehtara ait savunma imkânlarını kullanamayacaktır. Aynı durum bağımsız bir yükümlülük altına giren kontrgaran için de söz konusudur. Kontrgaran, kontrgaranti ilişkisi ile bankaya karşı sözleşme metninde yazılı olan meblağı kendisine başvurulduğunda derhal ödeyecektir. Burada garanti veren konumunda olan kontrgaran teminat mektubu ilişkisinden bağımsız olarak garanti taahhüdü altına girmektedir. Dolayısıyla kontrgaranın borcu garanti altına aldığı teminat mektubu ilişkisinden bağımsızdır. Böyle olunca kontrgaran teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan savunma (itiraz ve def'i) imkânlarını garanti alan bankaya karşı ileri süremeyecektir.

Garanti sözleşmesinde garanti veren tarafın borcunun tazminat borcu olduğunu savunan yazarların görüşlerine dayanak yaptıkları tek hüküm BK. m.110 olabilir. Zira yasa maddesinde “ Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur” Buradaki “zarar ve ziyan tediyesi” hükmünden hareketle garanti verenin de tazminat borcu altına girdiği savunulabilir. Fakat garanti sözleşmesinin garanti ettiği temel ilişkiden bağımsız olması niteliği düşünüldüğünde garanti verenin borcunun tazminat borcu olmadığı, buradaki borcun garanti veren tarafın kendi borcu olduğu sonucu çıkarılır. Garanti veren, garanti alana karşı, kendi bağımsız ödeme taahhüdünden kaynaklanan belirli bir miktar parayı ödeme borcu altına girmektedir. Garanti verenin borcu tazminat borcu değildir. Zira tazminat borcunda bir asıl borca bağımlılık söz konusudur. Fakat garanti sözleşmesi ve dolayısıyla KAG sözleşmesinde garanti veren taraf bir başka ilişkiden kaynaklı borcu garanti altına alıyor ise de onun borcu garanti altına aldığı borçtan bağımsız asli bir borçtur. Garanti sözleşmesinde, garanti veren, verdiği garantide, bir zararı tazmin edeceği taahhüdünde bulunmamakta olup, doğrudan doğruya riskin gerçekleşmesi halinde ödemede bulunacağını belirtmektedir. Böylece KAG sözleşmesinde garanti veren taraf, sözleşmenin bağımsızlık unsurundan hareketle, teminat mektubu ilişkisinden bağımsız olarak ve fakat garanti taahhüdünden kaynaklanan belirli bir miktar parayı asli olarak ödemeyi üstlenmektedir. Dolayısıyla KAG sözleşmesinde garanti verenin borcu teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riskin gerçekleşmesine bağlı olarak bir miktar parayı garanti alan tarafa ödemektir.

4.5-KONTRGARANTİ BORCUNUN GERÇEKLEŞMESİ

KAG sözleşmesi ile garanti veren kontrgaran garanti altına aldığı teminat mektubu ilişkisinden bağımsız bir yükümlülük üstlenmektedir. Burada sözleşmesinin imzalanması ile

kontrgaranti verenin borcu başlar⁴⁶⁵. Fakat sorumluluğunun doğabilmesi, başka bir ifadeyle muacceliyet için başka şeylerin gerçekleşmesi gereklidir. Kontrgaranın borcu kontrgaranti metni ile garanti altına alınan bankanın teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riskinin meydana gelmesi ile birlikte gerçekleşir. Garanti verenin sorumluluğunun doğabilmesi için bankanın teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riskinin gerçekleşmesi gerekir. Başka bir ifadeyle sözleşme açısından geciktirici şartın gerçekleşmesi gerekir⁴⁶⁶. Garanti verenin sorumluluğunun doğması için sadece riskin gerçekleşmiş olması yetmez, riskin gerçekleşmesine bağlı olarak garanti alan tarafın zararının doğması ve bu zarar ile garanti altına alınan risk arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁴⁶⁷.

KAG sözleşmesinde, ödeme talebinde bulunulması, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alan bankanın veya yetkili kıldığı bir kişinin, garanti bedelini talep etmesi gereklidir⁴⁶⁸.

KAG sözleşmesinde garanti alanın ödeme talebinde bulunabilmesi için öncelikle, garanti alan tarafın kim olduğunun belirlenebildiği ve geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gereklidir⁴⁶⁹. Geçerli bir şekilde kurulmuş bir KAG sözleşmesinde ödemenin talep edilebilmesi için gerekli olan diğer şart, ödeme talebinde bulunulduğu zamanda garanti konusu olayın gerçekleşmiş olmasıdır⁴⁷⁰. Bu iki şartı taşıyan bir ödeme talebinin zamanında yapılması gerekmektedir⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Garanti verenin ödeme yükümlülüğü ve böylece garanti alanın garanti bedeline ilişkin alacak hakkı, daha başta garanti sözleşmesinin yapılması anında doğmakla birlikte ödeme talebinde bulunulması, garanti konusu olayın gerçekleşmesi (KAG sözleşmesi bakımından garanti altına alınan teminat mektubunun paraya çevrilmiş olması) geciktirici şartına bağlanmış bulunmaktadır.

⁴⁶⁶ YÜCE, s.102.

⁴⁶⁷ YÜCE, s.102-103.

⁴⁶⁸ CANBOLAT, s. 124.; Garanti verenin borcunun muacceliyeti için riskin gerçekleşmesinin yeterli olup olmadığı ve riskin gerçekleşmesinden sonra ödeme talebinin yapılmasının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa ne şekilde yapılacağı ilerde “kontrgaranti borcunun muacceliyeti” başlığı altında anlatılacaktır.

⁴⁶⁹ KAG sözleşmesi bakımından sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için gerekli olan hususların neler olduğu, sözleşmenin şekli, sözleşme taraflarının ehliyeti, edimlerin imkansız olmaması, sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlak ve adaba aykırı olmaması, taraf iradelerinin sıhhatli olması ile ilgili olarak bkz. Daha önce 3. Bölümde KAG sözleşmesinin kurulması başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁴⁷⁰ CANBOLAT, s. 126-127.

⁴⁷¹ Garanti sözleşmesinde ve dolayısıyla KAG sözleşmesinde ödeme için yapılan talebin zamanında olup olmadığı hususu, garanti sözleşmesinin süreli olup olmadığına göre değişecektir. Süreli garantilerde ödeme talebinin sözleşmede belirlenen süre içinde yapılmaması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Fakat buna karşın ödeme talebinin en geç ne zamana kadar yapılması gerektiği konusunda sözleşmede bir hüküm yok ise, süresiz bir garanti söz konusu olup, ödeme için talep BK. m.125 gereği 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde yapılabilir. Burada zamanaşımı süresi, garanti alacağının muaccel olduğu andan itibaren başlar. Zamanaşımı süresi dolmasına rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde, garanti veren, tez konumuz açısından kontrgaran, garanti alana karşı zamanaşımı def’inde bulunabilecektir. Garanti sözleşmesi/KAG sözleşmesi açısından süreli olan veya süresiz olan sözleşmelerde zamanaşımı meselesi ilerde ayrı bir başlık altında anlatılacaktır.

4.6- KONTRGARANTİ BORCUNUN KAPSAMI

KAG sözleşmesinde garanti veren tarafın borcu para borcudur. Kontrgaran bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riskinin gerçekleşmesine bağlı olarak uğrayacağı zararların parasal karşılığını bağımsız olarak taahhüt eder.

Garanti verenin borcunun kapsamına nelerin gireceği ile ilgili olarak yasal bir düzenleme söz konusu değildir. Kontrgaranti metninde garanti verenin sorumlu olacağı azami meblağ kontrgaranti metnine yazılır. Buna göre riskin gerçekleşmesi durumunda garanti veren bankaya karşı kontrgaranti metninde yazılı olan meblağa kadar sorumlu olacaktır⁴⁷².

Bankalar teminat mektubu verirken hemen her zaman kontrgaranti almaktadırlar. Kefalettteki gibi yasadan kaynaklı rücu hakkına sahip olmayan bankalar açısından kontrgaranti almak bir zorunluluktur. Bankalar bu şekilde kontrgaranti alırken teminat mektuplarındaki kayıtların aynısını kontrgaranti metnine de koymaktadırlar. Bankalar daha da öteye geçerek, ileride riskin artması olasılığına karşı kontrgaranti metinlerine limiti aşan kısımlar için kontrgaranti verene başvuru imkanı sağlayan kayıtları sözleşme metnine koymaktadırlar. Bu şekilde kontrgaranti verenin borcunun kapsamını kendi lehlerine genişletmektedirler. Bu şekilde konulan kayıtlar geçerlidir⁴⁷³.

4.7-KONTRGARANTİ BORCUNUN MUACCELİYETİ

KAG sözleşmesinde garanti verenin borcu ne zaman muaccel olur. Daha doğrusu garanti verenin borcunun muaccel olması için tek başına garanti edilen riskin gerçekleşmesi yeterli midir? Yoksa garanti verenin borcunun muacceliyeti için riskin gerçekleşmesine bağlı olarak, ödeme talebinin yapılması gerekli midir?

Bu konuda Doktrinde KAHYAOĞLU, “İlk talepte” kayıtlı bağımsız banka garantilerinde garanti alanın garanti sözleşmesine uygun olarak ödeme talebinde bulunmasıyla garanti verenin borcu muaccel olur görüşünü savunmaktadır⁴⁷⁴. KAHYAOĞLU ile aynı görüşte olan REİSOĞLU’ na göre, bankanın ödeme yükümlülüğü teminat mektuplarında yazılı tazmin talebinde bulunulmasına bağlanmış olup; banka tazmin talebinin yazılı olmaması halinde ödemeyi reddedecektir. Muhatabın şifahi tazmin talebini banka yerine getirmeyecektir. Bankanın lehtara rücu edebilmesi için de, muhatap tarafından tazmin

⁴⁷² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 400-401.

⁴⁷³ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 401.

⁴⁷⁴ KAHYAOĞLU, s.68.

talebinde bulunulduğu yazılı belge ile ispat edilecektir⁴⁷⁵. Doktrinde aksi fikirde olan BARLAS, garanti edilen risk gerçekleştikten sonra, ödeme talebinin yazılı şekilde yapılmasının teminat mektubunda öngörülmesinin, bankaca ödemede bulunulduktan sonra, lehtara rücu durumunda bankaya kolaylık sağlamak için gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, muhatap ödeme talebini yazılı şekilde bankaya bildirmek zorundadır. Aksi halde banka ödeme talebini reddedebilecektir. Fakat bu, banka açısından bir zorunluluk değildir. Muhatabın sözlü şekilde, ödeme talebinde bulunması üzerine de banka talebe uyararak ödemede bulunabilir. Bankanın bu şekilde yaptığı ödeme geçerlidir. Bu şekilde yazılı talep olmadan ödeme yapan banka açısından, lehtara rücu aşamasında sorun ortaya çıkarabilir. Çünkü banka, teminat mektubunda yer alan kayıt uyarınca ancak muhatapın yazılı talebi üzerine ödeme yapmayı teminat mektubu ile kabul etmektedir⁴⁷⁶.

Kanımızca KAG sözleşmesi de bağımsız banka garantilerinden olduğundan “ilk talepte” ödeme için talepte bulunulduğunda garanti verenin borcu muaccel olur. Borcun muaccel hale gelmesi ile alacaklı borcun ifasını talep hakkına sahip olur.

KAG sözleşmesinde garanti verenin borcu riskin gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlı bir para borcudur. Geciktirici şart olan riskin gerçekleşmesi ile garanti alan taraf alacağını talep için garanti veren tarafa başvurur. Bu şekilde garanti veren tarafın borcu muaccel hale gelir⁴⁷⁷.

Kontrgaran, ödeme talebinin sözleşmede belirlenen şartlara uygun olarak ve süresi içinde yapıldığını belirlediği takdirde garanti bedelini ödemekle yükümlüdür⁴⁷⁸. Bu yükümlülük, hem KAG sözleşmesinden hem de garanti veren tarafın edimi garanti edilen (banka teminat mektubu ilişkisi) ile olan ilişkisinden doğar⁴⁷⁹.

KAG sözleşmesinde, garanti alanın sözleşmeye uygun olarak ödeme talebinde bulunması ile garanti verenin borcu muaccel hale gelir.

⁴⁷⁵ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s. 249.; REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi adlı daha önceki eserinde, “Üçüncü şahsın mükellefiyetinin bahis konusu olmadığı hallerde, garanti alanın zararının ortaya çıkması ile birlikte garanti tazminatı da muaccel olur” demektedir. Bkz. REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 155.

⁴⁷⁶ BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s. 63.

⁴⁷⁷ CANBOLAT, s.132 vd.

⁴⁷⁸ CANBOLAT, s.132.

⁴⁷⁹ CANBOLAT, s. 132.; KAHYAOĞLU, s.67.

4.8-KONTRGARANIN TEMERRÜDE DÜŞMESİ

Garanti verenin borcu muaccel olmuş ve ödeme yapması bir tedbir veya başka bir Mahkeme kararı ile önlenmemişse, garanti veren mütemerrit hale gelir. Bu şekilde temerrüde düşen kontrgaran sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizini ödeyecektir. Taraflar arasındaki sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmadığı bir durumda mesele BK.’ nun borçlunun temerrüdünü düzenleyen hükümleri çerçevesinde çözümlenecektir.

4.9-KAG SÖZLEŞMESİNDE ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunumuz borcu sona erdiren sebepler arasında zamanaşımına da yer vermiştir. BK. da zamanaşımı 125⁴⁸⁰-140.maddeler arasında kapsamlı olarak yer almıştır⁴⁸¹. Zamanaşımı, belli bir zaman sürecinin geçmesini ve bunun sonucunda borçlunun, ifadan kaçınma hakkına sahip olmasını ifade eder⁴⁸². Zamanaşımı süresi alacak hakları için söz konusu olup, alacaklının dava ve takip imkânını elinden alan bir defî hakkıdır⁴⁸³. Zamanaşımına uğramış borç, doğrudan doğruya sona ermemekle birlikte, eksik borç haline dönüşmektedir⁴⁸⁴.

Bir borç ilişkisinde zamanaşımı borçlu açısından borcu sona erdiren bir sebep iken, alacaklı açısından alacağın takip ve dava edilme hakkını sona erdiren bir sebeptir⁴⁸⁵. Daha doğru bir ifadeyle alacaklı zamanaşımına uğramış bir borç için icra takibi yapabilir veya dava açabilir. Böyle bir durumda borçlu tarafın zamanaşımı savunması (zamanaşımı defî) ile karşılaşır. Hâkim önüne gelen bir olayda zamanaşımı defini resen dikkate almaz (BK.

⁴⁸⁰ BK. m.125: “ Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dava on senelik müruru zamana tabidir.”

⁴⁸¹ Zamanaşımı kurumu ile ilgili kapsamlı bilgi için bkz. Mehmet Akif TUTUMLU, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul: Kazancı Kitap Yayınları, 1991.

⁴⁸²FEYZİOĞLU, C.II, s. 422.; SAYMEN/ELBİR, s. 907.; BİRSEN, s. 548 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1382 vd.; AYBAY, s. 152.; NOMER, s.175.

⁴⁸³ BİRSEN, s. 550.; AYBAY, s. 152.; NOMER, s.175.; CANBOLAT, s.192. Yazar, zamanaşımını, garanti sözleşmesinden doğan defiler başlığı altında, garanti veren tarafın bit defî olarak kullanabileceği savunma imkanı olarak yer vermiştir.

⁴⁸⁴ CANBOLAT, s.192.; Bazı hallerde, bir borç ilişkisinden dolayı geçerli bir borç doğmasına rağmen, borçlunun borca aykırı davranışına rağmen, borçlunun devletin yetkili organları kanalıyla sorumlu tutulamadığı borçlar vardır. Bu borçlara eksik borçlar adı verilmektedir. Bu borçlara örnek olarak, zamanaşımına uğramış borçlar, kumar ve bahisten doğan borçlar, ahlaki ödevlerden doğan borçlar, evlenme tellallığından doğan borçlar verilebilir. Eksik borçlar, “talep edilebilir fakat dava edilemez” olarak ta adlandırılır. Böyle bir borcun ifa edildiği durumlarda geçerli bir ifa söz konudur. Dolayısıyla, borçlunun kendi serbest arzu ve isteğiyle ifa ettiği eksik borç, sebepsiz zenginleşme davasına konu olmaz. Eksik borçlar tabiri yerine “Tabii borçlar” tabiri de kullanılmaktadır. Eksik borçlar ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 44 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 29 vd.;BİRSEN, s. 336 vd.; KILIÇOĞLU, s.23-26.

⁴⁸⁵ KILIÇOĞLU, s.654.

m.140)⁴⁸⁶. Zamanaşımı bir def'i⁴⁸⁷ olduğu için tarafların bunu ileri sürmesi gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m.202 uyarınca, zamanaşımına dayanacak tarafın, zamanaşımı def'ine kanuni süre içerisinde verilecek cevap dilekçesinde bunu ileri sürmesi gerekmektedir. Aksi takdirde davacı/alacaklı savunmanın genişletilmesi itirazında bulunabilir ve bu durumda hâkim zamanaşımı def'ini nazara almaz⁴⁸⁸.

Bir def'i olan zamanaşımı hak düşürücü süreden farklıdır. Hak düşürücü süre,⁴⁸⁹ hakkı ortadan kaldırır. Bu karşın zamanaşımı, hakkın kendisini değil, sadece dava ve takip hakkını ortadan kaldırır⁴⁹⁰.

Hak düşürücü süre hakkın düşmesine yol açtığından, hakkı sona erdirdiğinden, bunun sadece borçlu tarafından ileri sürülmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Bir davada bunu hâkim de resen dikkate alır. Buna karşın zamanaşımı ise, hakkı değil sadece alacağın dava ve takip edilebilme niteliğini ortadan kaldırdığından, bunun def'i olarak ileri sürülmediği durumlarda, alacak zamanaşımına uğramamış bir alacak gibi hüküm ifade eder⁴⁹¹.

Hak düşürücü süre hakkı ortadan kaldırdığından, bu süre bir kez işlemeye başladığında bunun kesilmesi veya durması söz konusu değildir. Hâlbuki zamanaşımı dava ve

⁴⁸⁶ Yargıtay bu konu ile ilgili bir kararında, “ *Ancak bir def'i ileri sürülmese dahi hâkim dava dosyasından bu def'inin varlığını öğrense bile onu re'sen göz önünde tutamaz. Halbuki bir itiraz davalı tarafından ileri sürülmese dahi hâkim dava dosyasından onun varlığını öğrenince itirazı davadan el çekinceye kadar re'sen nazara almak zorundadır. Bu açıklamalarından çıkan sonuca göre def'iler hakkında, koşulları gerçekleştiği takdirde savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanabileceği halde itirazlar hakkında bu yasak uygulanmaz*” şeklinde içtihat oluşturmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.05.1987 tarih, 86/14-705-390 sayılı kararı(naklen) H. Yavuz ALANGOYA/M. Kâmil YILDIRIM/ Nevhis Deren YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul: Alkım Yayınları, 2004, s.278.

⁴⁸⁷ Alacaklının ifa talebine karşı, borçlu, hem usul hukuku hem de maddi hukuka ait savunma mekanizmalarına sahiptir. Bunlardan, maddi hukuka ilişkin savunmalardan, hakkın mevcut olmadığına dair savunmalara “itiraz” adı verilir. Örneğin hak düşürücü sürenin geçtiği itirazı. Borçlunun ifadan kaçınmasına imkan veren özel bir sebebin bulunduğu savunmalara ise “def'i” adı verilir. Örneğin, BK. m.140' da ki zamanaşımı def'i BK. m.81'deki ödemelik def'i. Def'i ve itiraz da savunma mekanizmaları olmasına rağmen, birbirinden tamamen farklıdır. Önüne gelen olayda hâkim itirazı resen dikkate alırken, def'inin ileri sürülmesi gerekir. Diğer bir fark, borçlu, sahip olduğu def'i hakkını kanuni cevap süresi içerisinde cevap dilekçesi ile ileri sürmesi gerekirken, itiraz da yargılamanın her aşamasında ileri sürülme imkânı vardır. Ve bu sonradan ileri sürme, savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamına girmez. BİRSEN, s. 550.; TUTUMLU, s. 7.; SAYMEN/ELBİR, s. 933-934.; Bkz. NOMER, s. 11.

⁴⁸⁸ NOMER, s.176.; Cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş olan def'ilerin veya itiraz teşkil edecek olan vakıaların sonradan ileri sürülmesi veya yargılamaya getirilmesi savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamındadır. Örneğin, zamanaşımı def'i cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş ise bunun sonradan ileri sürülmesi bahsettiğimiz yasak kapsamındadır. Bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.284.

⁴⁸⁹ Prensip itibarıyla hak düşürücü süreler yenilik doğuran haklar açısından söz konusu olur. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 464.

⁴⁹⁰ KILIÇOĞLU, s. 655.; EREN, s.1233-1234.; OĞUZMAN/ÖZ, s.464.

⁴⁹¹ KILIÇOĞLU, s.656.; OĞUZMAN/ÖZ, s.464.

takip hakkını ortadan kaldırdığından, süre işlerken alacaklı veya borçlunun bazı işlemleri bu sürenin durmasına ya da kesilmesine neden olabilir⁴⁹².

Zamanaşımı kurumu ve benzer bir kurum olan hak düşürücü süre ile olan ilişkisi ve farkları ortaya konulduktan sonra tez konumuz açısından zamanaşımına bakalım. KAG sözleşmesinin yasal düzenlemesi olmadığını daha önce izah ettik. Bu şekilde yasal düzenlemesi olmayan sözleşmeden doğacak alacak bakımından zamanaşımı süresi BK. m.125 gereği genel zamanaşımı olan on yıldır⁴⁹³. Dolayısı ile garanti alanın sözleşmeden doğan alacak hakkı, 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Riskin gerçekleşmesinin üzerinden 10 yıl geçmekle birlikte, garanti alanın alacak hakkı sona erme de, garanti verene yönelteceği ödeme talebi, zamanaşımı savunması (zamanaşımı defi) ile karşılaşır. Bu savunmanın ileri sürülemeyeceğine ilişkin taahhütte bulunulamaz.

Zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından garanti sözleşmesinin dolayısıyla KAG sözleşmesinin süreli olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir⁴⁹⁴.

KAG sözleşmesi süreli olabilir⁴⁹⁵. Bu durumda ikili bir ayırım yapılır. Buna göre ilk olarak belirlenen süre içerisinde garanti verene yazılı başvurulmasını şartını içeren süreli garantilerde, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi ve garanti alanın da belirlenen süre içerisinde yazılı ödeme talebinde bulunmadığı durumda garantinin hükümsüz olacağına dair kayıtları içeren sözleşme geçerli olacak mıdır?⁴⁹⁶ Buna ilişkin olarak BK. m.110'a 08.07.1981 tarihli ve 2486 sayılı kanunla eklenen fıkra hükmü şöyledir: *"Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair yapılan sözleşme muteberdir."* Bu hükme göre süreli garanti sözleşmesinde "belirlenen süre içinde yazılı şekilde başvurulmadığı takdirde garantinin hükümsüz hale geleceği" şeklinde bir hüküm sözleşmenin bir maddesi olarak kararlaştırıldığında yapılacak sözleşme geçerli olacaktır. Dolayısıyla kararlaştırılan süre içerisinde garanti konusu olayın (riskin) gerçekleşmemesi veya ödeme

⁴⁹²TMK. m.606 mirasın reddi için üç aylık bir süre öngörmüştür. Bu süre hak düşürücü süredir. Bu süre geçtiği halde mirasçı mirası red etmeye kalkıştığında, buna karşı çıkan olmasa bile, hâkim re'sen hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesi ile mirası red talebini red edecektir. KILIÇOĞLU, s.656.; OĞUZMAN/ÖZ, s.464.

⁴⁹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1391-1392.; SAYMEN/ELBİR, s. 916.; CANBOLAT, s.192.

⁴⁹⁴ CANBOLAT, s.192.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.884-885.; TUTUMLU, s. 17-18.

⁴⁹⁵ Garanti sözleşmesi bakımından, garantinin geçerliliğinin bir süreye bağlanmış olmasına göre yapılan ayırım ve süreli garanti ve süresiz garanti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, s.74-77.

⁴⁹⁶ CANBOLAT, s.192-193.

talebinin bu süre içinde yazılı şekilde yapılmaması durumunda, garanti verenin yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.

KAG sözleşmesinin süreli olmasında ikinci durum biraz önce izah edilen sözleşmede “belirlenen süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulması gerektiğine” yönelik bir hükmün sözleşmede yer almadığı durumda zamanaşımı durumu nasıl olacaktır? Böyle bir durumda garanti konusu olayın belirlenen süre içerisinde gerçekleşmesi şartıyla, garanti verenin sorumluluğu genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken şey, garanti konusu riskin belirlenen süre içerisinde gerçekleşmesi şartıdır⁴⁹⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1988 tarihinde verdiği kararda⁴⁹⁸ bu görüşü teyit etmiştir. Kararda, “*Kural olarak belli bir süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur. Garanti sözleşmesi Borçlar Kanununun 110 uncu maddesine 08.07.1981 gün ve 2486 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasına uygun bir biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekte bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erer. Bu yolda bir kayıt garanti sözleşmesine konulmamış ise teminat mektubu süreli olsa dahi on yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebilir.*” denilmektedir.

Riskin gerçekleşmesinin üzerinden 10 yıl geçmesine rağmen, garanti alan zararın karşılanmasını talep etmeyebilir. Garanti verenin belli bir zaman aralığında gerçekleşecek risklerden sorumlu olacağı kararlaştırıldığı takdirde, bu sürenin dolmasının ardından risk gerçekleşmiş olsa dahi, garanti alan ona karşı bir hak iddia edemez. Ancak bu durum alacağın zamanaşımına uğramış olmasına değil, garanti verenin riski taşımakla yükümlü olduğu sürenin sınırlandırılmış olmasına ilişkindir⁴⁹⁹. Bu gibi durumlarda garanti alanın alacak hakkı, süreye bağlı bir hak olarak kendisini gösterir. Dolayısı ile garanti alanın talep hakkı zamanaşımına uğramamış, fakat KAG sözleşmesi sona ermiştir. Sözleşme ile kararlaştırılan zaman aralığında gerçekleşen risklerden, garanti alan lehine doğan alacak genel zamanaşımı süresi uyarınca 10 yıl boyunca talep edilebilir. Buna karşılık garanti alan, garanti verenin riski taşımakla sorumlu olduğu sürenin geçmesinin ardından ortaya çıkan zararın karşılanmasını talep edemez.

⁴⁹⁷ REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.387-388.; CANBOLAT, s.194.

⁴⁹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 30.03.1988 tarih 87/11-642 sayılı kararı için bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.388.

⁴⁹⁹ TANDOĞAN, Özel Borç ilişkileri, s.891.

KAG sözleşmesi süreli değil de süresiz ise zamanaşımı nasıl olacak? Süresiz garanti sözleşmesi bakımından, garanti verenin sorumluluğu, dolayısıyla zamanaşımı, garanti borcunun muaccel olmasından (riskin gerçekleşmesinden) itibaren BK. m.125'in zamanaşımına ilişkin genel hükmü uyarınca on yıldır⁵⁰⁰.

Garanti sözleşmesinde dolayısıyla KAG sözleşmesinde zamanaşımı riskin gerçekleşmesiyle birlikte işlemeye başlar⁵⁰¹. Garanti metninde gösterilen belli bir risk garanti edildiğinden, garanti alan için bir alacak ancak riskin doğması anında ortaya çıkacak ve dolayısıyla muaccel olacaktır⁵⁰².

4.10-KAG SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

KAG sözleşmesi, garanti veren lehtar veya üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi ile banka arasında kurulur. Garanti veren tarafta birden fazla kişi bulunabilir. Bu durumda kimin ne kadar ile sorumlu olacağı önceden belirlenir. KAG sözleşmesi, lehtar lehine muhataba hitaben banka tarafından hazırlanan teminat mektubunun teminatını teşkil etmek üzere yapılır. KAG sözleşmesi ile garanti veren, bankanın teminat mektubu ilişkisinden dolayı uğrayacağı muhtemel riski üstlenir. Garanti veren bankanın teminat mektubundan kaynaklanan riskini bağımsız bir şekilde üstlenir. Garanti veren tarafın borcu teminat mektubu ilişkisindeki borçtan bağımsızdır. Bu şekilde teminat mektubu düzenleyen bankanın mektubun muhatap tarafından paraya çevrilmesi riskine karşı düzenlenen kontrgaranti taahhüdüne ilişkin olarak yasalarımızda bir düzenleme söz konusu değildir. Hal böyle olunca kurulan bu sözleşmenin sona erme durumları söz konusu olduğunda, yasal boşluk nedeniyle, BK' da ki genel sona

⁵⁰⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.892.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.388.; Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alan tarafın yapacağı ödeme talebi ile muaccel olur ve zamanaşımı süresi on yıldır. Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.10.1992 tarih ve E. 1979/11-1915 K: 1982/865 sayılı kararında "... İşin esasına gelince; 11.06.1969 gün ve 4/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da benimsendiği üzere, ... teminat mektupları mahiyet itibarıyla Borçlar Kanununun 110.maddesinde sözü edilen 3.şahıstan fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir... Böyle bir münasebetten doğan dava konusu alacak için yasalarda ayrı bir zamanaşımı kabul edilmediği gibi; ortada BK. nun 126.maddesinin 1.bendinin kastettiği anlamda periyodik bir eda da söz konusu olmadığından zamanaşımı sorununun, adı geçen Yasanın 125.maddesi uygulanmak suretiyle çözümlenmesi gerekir..." bu görüşü teyit etmektedir. (naklen) CANBOLAT, s. 193.

⁵⁰¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.891.; REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.386-389. Yazar, süresiz verilen teminat mektuplarında, mektubun tanzim tarihinin değil, fakat muhatabın alacağının muaccel olduğu tarihin zamanaşımı için başlangıç olması bu tür mektupların zamanaşımından ötürü bankaca iptalini hemen hemen imkânsız kılmaktadır demektir.; Buna karşın doktrinde AKYAZAN, zamanaşımının teminat mektuplarında yazılı alacak, mektup tarihinden itibaren muacceldir ve zamanaşımı da mektup tarihinden itibaren işlemeye başlar demektir. Bkz. AKYAZAN, Zamanaşımı, s.12.

⁵⁰² REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.388.

erme sebeplerine başvurmak zorunlu hale gelecektir. BK. m.113⁵⁰³ vd. düzenlenen sözleşmelerin sona ermesine ilişkin genel hükümler, uygun oldukları ölçüde KAG sözleşmesine de uygulanır. Bu nedenle öncelikle genel olarak hem BK.' da düzenlenen hem de BK.' da düzenlenmemiş olan genel borcu sona erdiren sebepler anlatılacaktır. Bu sebeplerin dışında KAG sözleşmesine özgü sona erme sebepleri de vardır. Bu sebeplerde KAG sözleşmesinin süreli olup olmamasına göre incelenecektir. KAG sözleşmesinin en doğal sona erme hali riskin gerçekleşmesiyle birlikte garanti veren tarafın bankanın zararını ödemesidir. Bunun dışında garanti veren tarafından KAG sözleşmesi ile garanti ettiği riskin gerçekleşmesi ihtimalinin sona ermesi durumudur. Aşağıda durumların her biri ayrı ayrı anlatılacaktır.

Sözleşme ilişkisinde edimin imkânsızlığı daha öncede anlatıldığı üzere,⁵⁰⁴ KAG sözleşmesi bakımından borcu sona erdiren bir sebep değildir. KAG sözleşmesinde garanti veren, bankanın teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riskini bağımsız bir şekilde üstlenmektedir. Burada bağımsız bir yükümlülük üstlenen garanti verenin borcu riskin gerçekleşmesine bağlı olarak kontrgaranti metninde yazılı azami meblağın parasal olarak ödenmesidir. KAG sözleşmesinde garanti verenin borcu bir para borcudur. Bu şekilde KAG sözleşmesi ile bir para ödeme borcu altına giren garanti veren açısından edimin imkânsızlığı borcu sona erdiren bir sebep değildir⁵⁰⁵.

Aşağıda KAG sözleşmesine özgü sona erme sebepleri anlatılmadan önce BK. m.113 vd. düzenlenen genel sona erme sebepleri anlatılacaktır⁵⁰⁶. BK. da borcu sona erdiren sebepler arasında BK. m.125'te düzenlenen zamanaşımı konusuna daha önce değinildiği için tekrardan anlatılmayacak.

⁵⁰³ BK. m.113: “ *Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur.*” Maddede asıl borcun sona ermesiyle, kefalet ve rehin gibi asıl borca bağlı bulunan fer'i hakların da sona ereceği düzenlenmiştir.

⁵⁰⁴ Edimin imkansızlığı ile ilgili daha önce yaptığımız açıklamalar için bkz. Üçüncü bölüm edim imkansızlığı başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁵⁰⁵ Bkz. Kontrgaranti amaçlı garanti sözleşmesinde edimin imkansızlığının sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak daha önce 3.Bölümde yaptığımız açıklamalar.

⁵⁰⁶ Geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren bir hallerden olan ikale(bozma sözleşmesi), dönme ve fesih hallerine genel olarak borcu sona erdiren haller arasında yer verilmeyecek. Bu hallere kontrgaranti amaçlı garanti sözleşmesinin sona erme halleri başlığı altında yer verilecektir.

4.10.1- Genel Olarak Sona Erme Sebepleri

Borcun sona ermesi borç ilişkisinde, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün hukuken sona ermesini ifade eder. Bu durumda borçlu taraf borçtan kurtulur. Alacaklı da alacağına kavuşur ve alacak hakkı kalmaz⁵⁰⁷.

Borçlar Kanunumuzda borcu sona erdiren sebeplerin tamamına yer verilmemiştir⁵⁰⁸. BK' muz borcu sona erdiren sebepler arasında İbraya yer vermemiştir⁵⁰⁹. Buna karşılık kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115.maddesinde⁵¹⁰ ibraya (Schulderlass) yer verilmiştir⁵¹¹.

İbra, borçluyu borcu ifa etmeden borçtan kurtarmak hususunda alacaklı ile borçlunun anlaşmasıdır⁵¹².

⁵⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.427.

⁵⁰⁸ Borcun sona ermesi (dar anlamda borç ilişkisi) ile borç ilişkisinin (geniş anlamda borç ilişkisinin) sona ermesi birbirinden farklı şeylerdir. Bir borç ilişkisinden dolayı birden fazla borç ve alacak doğabilir. Bir borç ilişkisinden doğan borcun sona ermesi, borç ilişkisinin de sona ermesi anlamına gelmez. Bu durum, daha çok sürekli ve devri borçlar doğruna hukuki ilişkilerde söz konusudur. Örneğin, Kira sözleşmesinde kiracının bir döneme ait olan kira borcunun sona ermesi kira ilişkisini sona erdirmez; bundan başka, taksitle satım sözleşmesinde, taksitlerden birine ilişkin dönemsel borcun sona ermesi satım sözleşmesini sona erdirmez. KILIÇOĞLU, s.628.; EREN, s.1209-1210.; OĞUZMAN/ÖZ, s.427.; Geniş anlamda sözleşme ilişkisini sona erdiren sebepler, “ifa”, “bozma sözleşmesi (ikale)”, “fesih”, “dönme”, “geri alma” ve “iptal”dir. Bkz. EREN, s.1209.; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler adlı eserin 427. Sayfasındaki 1 nolu dp'ta geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren sebepleri şu şekilde sıralamaktadır:

“1- Borç ilişkisinden doğan bütün borçların sona ermiş bulunması.

2- Henüz bütün borçlar sona ermemişken, tarafların borç ilişkisini sona erdirmek için anlaşmaları: Bu anlaşmaya ikale (Aufhebungsvertrag) denilir.

3- Bazı borç ilişkilerinde taraflardan birinin ölümü (Ariyet akdinde; BK. m. 305; hizmet akdinde: BK. m.347; İstisna akdinde: BK. m.371; neşir mukavelesinde: BK. m.384; vekâlet akdinde: BK. m.397).

4-Bazı borç ilişkilerinde taraflardan birinin İflası(BK. m.290, 397).

5-Müddetli borç ilişkilerinde müddetin sona ermesi; bozucu şarta bağlı borç ilişkilerinde şartın gerçekleşmesi.

6-Taraflardan birinin, borç ilişkisini sona erdirebilmek için, bir muhik(haklı) sebebin varlığı halinde, borç ilişkisi ister müddetli, ister müddetsiz olsun tanımıştır. Buna muhik(haklı) sebebe fesih diyebiliriz.

7- Doktrin ve Mahkeme İçtihatları tarafından kabul edilen bir sona erme hali de, iki tarafa borç yükleyen akitlerde, hal icaplarının evvelce tahmin edilmeyen sebeplerle, özellikle para kıymetinin büyük ölçüde düşmesi yüzünden, esaslı surette değişmesi halinde hâkim tarafından feshedilebilir.” Geniş anlamda borç ilişkisinin sona erme halleri için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.427-428, özellikle 1 nolu dp.

⁵⁰⁹ İbra ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 854 vd.; FEYZİOĞLU, C.II, s. 350 vd.; KILIÇOĞLU, s. 633 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BORCUOĞLU/ALTOP, s. 1319 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 431 vd.

⁵¹⁰ İsvç. BK. m. 115: “ Alacak ibra ile tamamen veya kısmen, borcun doğumu yasaya veya tarafların anlaşmasına göre şekle bağlı olsa bile, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın ortadan kaldırılabilir.”

⁵¹¹ KILIÇOĞLU, s.633.; İbraya İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmesine rağmen, bizim Borçlar Kanunumuzda yer almamasının nedeni olarak, ibranın şekli ile ilgili olarak Mehaz Kanunda yer alan düzenlemedir. Mehaz Kanunda, borç ilişkisinin kurulması kanun veya tarafların iradesi ile şekle bağlanmış olsa bile, ibra anlaşmasının şekle tabi olmayacağı düzenlenmektedir. İşte bu düzenleme, bizde şekle tabi sözleşmeye dayanan alacağın ibrasının şekle tabi olmadan düzenlenmesinin mümkün olup olmayacağı noktasında doktrinde tartışmalıdır. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 854-855.; OĞUZMAN/ÖZ, s.431-432.

⁵¹² SAYMEN/ELBİR, s. 554.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 431.

İfa Borçlar Kanununun borcun sona ermesine ilişkin kısmında düzenlenmemiş olmasına rağmen burada borcu sona erdiren bir hal olarak ele alınacaktır. İfa borcun doğal sona erme sebebidir⁵¹³. Burada kastedilen ifa ise gereği gibi ifadır. Ancak, borç ilişkisinden dolayı birden fazla borcun doğduğu durumlarda, ifa sadece konusu olan borcu sona erdirir⁵¹⁴. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan borç ile haksız fiillerden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda sadece borçlu taraf ifayla yükümlüdür⁵¹⁵. Buna göre muaccel olan bir borcun derhal ifa edilmesi gerekir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, her iki tarafta borç altına girmektedir. Buna göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar için önceden ifa yükümlülüğü söz konusu değilse, her iki tarafın edimlerini aynı anda ifa etmesi gerekir. Burada taraflardan biri edimini ifa etmeden önce diğer taraftan edimin ifasını talep ederse, BK. m.81’de⁵¹⁶ düzenlenen Ödemezlik def’i ile karşılaşır, kendisine karşı ödemezlik def’i ileri sürülür⁵¹⁷. Ödemezlik def’i, karşılıklı (sinallagmatik) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin diğerini ifaya zorlayabilmesi için, kendi edimini ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması gerekir. Meğerki kendi borcu için bir vadeden⁵¹⁸ yararlanması söz konusu olsun.

Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olan, ancak her borç ilişkisi için söz konusu olabilecek olan ikale sözleşmesi ile de taraflar aralarındaki sözleşmeyi ifa edilmeksizin sona erdirebilirler⁵¹⁹. KAG sözleşmesinde de taraflar yapacakları bir ikale sözleşmesi ile, riskin

⁵¹³ KILIÇOĞLU, s.394.; YÜCE, s.142.

⁵¹⁴ İfa ve İfa engelleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Rona SEROZAN’ ın İfa-İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme adlı eserine.

⁵¹⁵ Örneğin bağışlama tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bkz. KILIÇOĞLU, s.440.; Tez konumuzu oluşturan KAG sözleşmesi de tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti veren risk gerçekleştiğinde ödeme yapacaktır.

⁵¹⁶ BK. m.81 hükmü şöyledir: “Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır.”

⁵¹⁷ Ödemezlik def’ine örnek olarak SEROZAN, “ Müşteri A’ nın B oto galerisinden satın aldığı otomobil 1 Mart’ta A’ ya teslim edilecektir. 1 Mart’ta galeriye parasız gelen A’ ya B otomobilin anahtarını teslim etmeyebilir” Örnek için bkz. SEROZAN, s.64. ; KILIÇOĞLU, s.440-441.; OĞUZMAN/ÖZ, s.268 vd.; NOMER, s.134-135.

⁵¹⁸ Borcun muaccel olması için belirlenmiş zamana “vade” denir. Vadeli borçlarda alacaklı vadenin gelmesine kadar borçludan ifayı isteyemez. Vade daima gelmesi kesin bir olgudur. Vade ile ilgili, vade benzer bir kurum olan şart arasındaki fark ile ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.876-877.

⁵¹⁹ YÜCE, s.143. Yazar, “Garanti Sözleşmesinin Bir türü olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi” adlı doktora tezinin 405 nolu dp’ da ikale anlaşmasıyla ilgili olarak şu örneği vermiştir. “ A, S’ den 500 YTL’ye bir televizyon satın alır; ancak daha sonra başka bir satıcıda farklı bir televizyon beğenir ve onu satın almak ister. Durumu S’ ye açtığında, S ‘kendisi açısından herhangi bir sorun olmadığını, başka zaman kendisiyle iş yapabileceğini’ belirtir. İşte bu durumda, taraflar karşılıklı anlaşmayla aralarında daha önce akdetmiş oldukları satım sözleşmesini sona erdirmişlerdir. Bunu sağlayan, karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarıyla akdettikleri ikale sözleşmesidir.” .; Geniş anlamda borcun sona ermesi ve dar anlamda borcun sona ermesi ayırımında, geniş anlamda borcu/borç ilişkisini sona erdiren bir hal olarak “İkale anlaşmasına” yer verilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 427.; EREN, s. 1209.

gerçekleşmesine bağlı olarak muaccel olacak ödemenin talebi hakkında vazgeçilmesi mümkündür.

Borçlar Kanunumuz borcu sona erdiren bir diğer sebep olarak m.114'te yerini bulan yenilemeyi hükme bağlamıştır⁵²⁰. Maddede yenilenmenin tanımına yer vermemiştir. Yenileme (Tecdit-Novatio)⁵²¹ yeni bir borç meydana getirerek daha önce mevcut olan bir borcun sona erdirilmesidir⁵²². Yenileme tarafların anlaşması ile olur ve borcu sona erdiren bir sebeptir⁵²³.

Yine BK' muz m.116'da⁵²⁴ alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmiştir⁵²⁵. Bu şekilde borç sona erdiği için bu borca bağlı olan ferri haklar ve özellikle kefalet gibi haklar da sona erer⁵²⁶. BK. m.116/I' de düzenlenen hüküm ile alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle borcun sona ereceği düzenlenmektedir⁵²⁷.

Borcu sona erdiren bir hal olarak BK. m. 117'de "ifanın mümkün olmaması" başlığı altında kusursuz imkânsızlık hali düzenlenmiştir⁵²⁸. Buna göre, borcun ifası borcun doğumundan sonra borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda kusursuz

⁵²⁰ KILIÇOĞLU, s.635.

⁵²¹ OĞUZMAN/ÖZ' e göre, geniş anlamda borç ilişkisinin yenilenmesi ikale' ye benzer. Fakat ikale ile sadece borç ilişkisi anlaşma ile sona erer. Hâlbuki geniş anlamda borç ilişkisinin yenilenmesinde, sözleşme tamamen sona ererken, taraflar arasında yeni bir sözleşme (geniş anlamda borç ilişkisi) kurulur. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.435'teki 28 nolu dp.

⁵²² KILIÇOĞLU, s.635.; OĞUZMAN/ÖZ, s.435.; Yenileme ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. T. KOYUNCUOĞLU, Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972.

⁵²³ Borcu sona erdiren bir hal olarak BK. m.114'te düzenlene yenileme ile BK. m.115' de düzenlenen bir borcun cari hesaba kaydedilmesi birbirinden farklı şeylerdir. BK. m.115: " *Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye mücerret kaydedilmesiyle borç tecdit edilmiş olmaz.*

Şu kadarki hesap kesilip de diğer tarafça da kabul edilmiş olduğu takdirde, borç tecdit edilmiş olur.

Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hılaflı şart edilmedikçe işbu teminata halel gelmez." Madde düzenlemesinde hükme bağlandığı gibi, bir alacağın cari hesaba geçirilmesi yenileme değildir. Cari hesaba yazılan alacak eski varlığını devam ettirir. Fakat talep edilemez. Kararlaştırılan hesap dönemi sonunda hesabı tutan tarafın alacak ve borçları birbirinden çıkardıktan sonra bulunan bakiye karşı tarafça kabul edilince, her iki tarafın alacakları sona ermiş olur ve onların yerine bakiye yeni alacak doğmuş olur. Cari hesap sözleşmesi sona ermemişse, bir hesap dönemi sonunda yenileme sonucunda yeni bir alacak teşkil eden bakiye, yeni hesap dönemi için cari hesaba geçirilir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 439-440.; KILIÇOĞLU, s.637-638.; Cari hesaba ilişkin BK. m.115'teki düzenlemenin dışında, TTK.m. 87-99 arasında da düzenleme vardır. Türk Ticaret Kanunu 87 vd. maddelerinde düzenlenen "Cari Hesap" ile ilgili olarak daha geniş bilgi için bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.343-356.

⁵²⁴ BK. m.116: " *Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtimaiyle borç sakıt olur.*"

⁵²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.440.; KILIÇOĞLU, s.638.; NOMER, s. 174.; EREN, s.1219.

⁵²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.441.

⁵²⁷ Aynı maddenin üçüncü son fıkrasında " *Gayrimenkul rehni ve kıymetli evrak hakkındaki hükümler bakidir*" düzenlemesi yer almaktadır.

⁵²⁸ BK. m. 117 düzenlemesi şöyledir: " *Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.*

Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfiқан almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.

Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır."

sonraki imkânsızlık hali dolayısıyla borç sona ermiş olur⁵²⁹. Kusursuz sonraki imkânsızlık başlangıçtaki imkânsızlıktan farklıdır. Borç ilişkisinin kurulduğu sırada daha başlangıçta imkânsızlık söz konusu ise, butlan nedeniyle borç ilişkisi geçerli bir şekilde kurulmadığı için bunun sona ermesinden de söz edilemez. Sözleşme hiç kurulmamıştır. Bu nedenle, sözleşmeden doğan borçlarda sözleşme butlan nedeniyle geçersizdir⁵³⁰. Fakat borç ilişkisinin kurulduğu sırada imkânsızlık söz konusu olmayıp, imkânsızlık sonradan ve borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkarsa, bu durumda BK. m. 117 gereği borç sona erer. Borçlu borcundan kurtulur.

Takas BK. m.118’de borcu sona erdiren bir hal olarak yerini almıştır. İki kişinin, birbirinden ifası gereken aynı cinsten borçları varsa, bunların ayrı ayrı ifa edilmesi yerine daha pratik bir yol olan takasa başvurulur⁵³¹. Takasa ilişkin yasa maddelerinde bir düzenleme söz konusu değildir. Takasın koşulları olarak yasada, alacak ve borçların karşılıklı ve geçerli olması, alacak ve borçların aynı cinsten olması, alacakların muaccel olması ve alacakların takasa elverişli olması⁵³², takastan feragat edilmemiş olması ve son olarak takas iradesinin ileri sürülmesi gerekir koşullarına yer verilmiştir.

Borçlar Kanunun borcu sona erdiren sebeplerinin düzenlendiği BK. m.113’ün devamında BK. m. 125-140 arasında düzenlenen zamanaşımına daha önce yer verildiği için bu başlık altında tekrardan zamanaşımı anlatılmayacaktır.

4.10.2- KAG Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri

Yukarıda borcu sona erdiren sebepler genel olarak ana hatlarıyla anlatıldı. Borcu sona erdiren bu sebepler uygun düştükleri ölçüde KAG sözleşmesinde uygulanacaktır. Garanti sözleşmesinde borcun sona erme halleri ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında “*Garanti sözleşmesi, garanti edilen neticenin tahakkuk etmesi (riskin son bulması), garanti alanın zararının tazmin edilmesi, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi, takas, süreli bir garanti sözleşmesi söz konusu ise risk gerçekleşmeden bu sürenin dolması gibi ve genellikle garanti*

⁵²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.442 vd.; KILIÇOĞLU, s.641 vd.; EREN, s.124 vd.; “Birisine sattığı taşınırı bir başkasına satıp devredecek kadar açıkgozluluk eden veya satımını vaat ettiği taşınmazın haczedilmesine yol açacak kadar savruk davranan satıcı hiç kuşkusuz bu kusurlu eylemlerinden ötürü sorumludur.” SEROZAN, s.197-198.

⁵³⁰ SEROZAN, s. 162 vd.; KILIÇOĞLU, s.642.

⁵³¹ KILIÇOĞLU, s.645.; BK. da borcu sona erdiren bir hal olarak yer verilen “Takas” kavramı hakkında geniş bilgi için bkz.: Fahrettin ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, (Takas), Ankara: 1994.

⁵³² Bir alacağın takasa elverişli olması yasa yasadın ya da sözleşmeden kaynaklanabilir. Yasadan kaynaklı elverişli olmama hali BK. m.123’te düzenlenmiştir. Bunlar: 1- Tevdi edilmiş veya haksız olarak alınmış veya hile ile alıkonulmuş şeylerin iadesine veya bedeline ilişkin alacaklar, 2- Nafaka ve İşçi ücretleri gibi alacaklar, 3- Devlet-Vilayet ve Köy lehine olan kamu alacakları. Sözleşme ile de taraflar yapacakları anlaşma ile takası yasaklayabilirler. Bkz. KILIÇOĞLU, s.646 vd.; ARAL, Takas, s. 17 vd.

sözleşmesinin niteliğine aykırı olmadıkça Borçlar Kanunu'nun 113. Ve devamı maddelerindeki borcun sukutu sebepleriyle sona erer."⁵³³denilmektedir. Yargıtay verdiği kararda garanti sözleşmesinin, garanti edilen riskin gerçekleşmesi, garanti alanın zararının tazmin⁵³⁴ edilmesi, garanti alanın garanti vereni BK. m.118'de düzenlenen takas, süreli garanti sözleşmesinde, kararlaştırılan süre içerisinde riskin gerçekleşmemesini borcu sona erdiren sebepler olarak saymıştır. Yargıtay ayrıca bunlara ek olarak, BK. m.113 ve devamında düzenlenen ve bir önceki başlık altında açıkladığımız borcu sona erdiren sebeplerin de uygun oldukları ölçüde garanti sözleşmesine uygulanacağını karara bağlamıştır.

Garanti bedelinin garanti veren tarafından ödenmesi, garanti alanın (banka) garanti vereni ibra etmesi⁵³⁵ veya bir alacağı ile takas beyanında bulunması hallerinde de garanti sözleşmesi sona erer⁵³⁶.

KAG sözleşmesinde taraflar her zaman için karşılıklı alacak ve borçlarından vazgeçebilir. KAG sözleşmesinde garanti alan banka garanti veren taraftan riskin gerçekleşmesine bağlı olarak ödeme talep hakkından vazgeçebilir⁵³⁷. Bu durumda ikale (bozma sözleşmesi) ile KAG sözleşmesi sona erdirilir. Sözleşme ilişkisini sona erdiren bir hal olan ikale (bozma sözleşmesi) geçerlilik şekline tabi değildir⁵³⁸.

Borcu sona erdiren sebeplerden olan ifa, KAG sözleşmesi açısından da bir borcu sona erdirme sebebidir. Teminat mektubu ilişkisinde riskin gerçekleşmesine bağlı olarak muhataba ödeme yapan bankanın garanti verene başvurusu sonucu, bankaya ödeme yapan garanti verenin borcu ifaya bağlı olarak sona erer. Sözleşmeden doğan başlıca borç olan bağımsız bir yükümlülük şeklindeki para ödeme borcunun ifası, gereği gibi gerçekleşmek ve

⁵³³ Yargıtay 17.HD., 27.12.1990 tarih ve E.89/4046, K.90/8459, karar için bkz. Ömer TEOMAN, "Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu", Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.II, İstanbul: 2001, s.338.

⁵³⁴ Yargıtay 17.HD., 27.12.1990 tarihinde verdiği bu kararla garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun niteliğini zararın tazmini dolayısıyla bir tazminat borcu olarak kabul ettiğini açıkça olmasa da dolaylı olarak ortaya koymuştur. Bkz. TEOMAN, s.338.; Garanti verenin borcunun hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz. Bir önceki başlık altında yaptığımız açıklamalar.

⁵³⁵ BK' mızda düzenlenmeyen ve borcu sona erdiren bir hal olan "İBRA" ile ilgili bkz. Bir önceki başlık altında yaptığımız açıklamalar.

⁵³⁶ KAHYAOĞLU, s.107.

⁵³⁷ KAG sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşme ile sadece garanti veren/kontrgaran borç altına girmektedir. Bu durumda bankanın garanti veren taraftan riskin gerçekleşmesine bağlı olarak kontrgaranti metninde yazılı meblağın ödenmesi talebinden vazgeçmesi durumu söz konusudur. Fakat sözleşmenin ivazlı olduğu hallerde garanti verenin de alacağından vazgeçmesi durumu gündeme gelebilir.

⁵³⁸ İkale (bozma sözleşmesi) ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. EREN, s. 1210.

garanti verenin/kontrgaranın başka bir yükümlülüğü bulunmamak kaydıyla, garanti alanın menfaati karşılanmış olur.

Garanti konusunun, garanti sözleşmesinin süresi dolmadan, garanti verenin kusuru olmaksızın gerçekleşmeyeceği anlaşılmış veya garanti altına alınan borcun yerine getirilmesi borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmiş olsa bile, kontrgaran BK. m.117'de düzenlenen sonraki kusursuz imkânsızlık haline dayanarak ödeme yapma borcundan kurtulduğunu söyleyemez⁵³⁹. KAG sözleşmesinde garanti veren tarafın borcu bir para olduğu için bu durumda garanti veren açısından kusursuz imkânsızlık borcu sona erdirmez. Kontrgaranın borcu hem teminat mektubunun garanti ettiği temel borç ilişkisinden hem de teminat mektubundan bağımsız bir riskin üstlenilmesidir. Yine KAG sözleşmesinde garanti verenin borcu para borcudur. Dolayısıyla onun için borcun ifasının imkânsızlığını ileri sürmek mümkün değildir. KAG sözleşmesi ile bir risk garanti edilmektir. Garanti konusu olayın gerçekleşmemesi durumunda sözleşme bir riski garanti ettiğinden sözleşme sona erer⁵⁴⁰.

Buna karşılık, garanti edilen riskin gerçekleşmesine garanti alanın kendi kusuru sebep olmuşsa, garanti veren kural olarak, sorumluluktan kurtulur⁵⁴¹.

Süresiz garanti sözleşmeleri, devamlı bir borç ilişkisi meydana getirmezler. Çünkü tek bir ifayı (ödemeyi) içerirler. Bu sebeple, garanti alana karşı, haklı bir sebebin varlığı halinde, garanti verenin sözleşmesi fesih hakkı, sürekli bir borç ilişkisi söz konusu olmadığı için yoktur⁵⁴².

Sözleşme taraflarının riski taşıma süresine ilişkin bir sınırlama öngörülmediği hallerde, sözleşmenin ne zaman sona ereceği noktasında belirsiz bir durum vardır. Garanti alanın riskin gerçekleşmesi olasılığına karşı sonsuza dek korunması mümkün olmadığı gibi, garanti verenin de riskin gerçekleşmesi tehdidiyle yaşamaya mahkûm edilmemesi gerekir. Taraflar arasındaki bu durum, belirsiz süreli bir sözleşme ilişkisi olarak kabul edildiği

⁵³⁹ KAHYAOĞLU, s.107.

⁵⁴⁰ CANBOLAT, s. 122-123.

⁵⁴¹ KAHYAOĞLU, s.107.

⁵⁴² KAHYAOĞLU, s.108.; Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdiren irade beyanın ortaya konulmasıdır. Fesih, sürekli sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönelik bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih iradesi hüküm ve sonuçlarını karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda doğurur. Fesih, bozma sözleşmesinden farklı olarak tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Şarta bağlanamaz, geri alınmaz. Fesih ve feshin türleri ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. EREN, s. 1211-1212.; Özer SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977, s. 115 vd.

takdirde, sözleşmeden dönme⁵⁴³ hakkının kullanıp kullanamayacakları sorusunu akla getirir. Garanti alan açısından sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin ifasını isteme daha yerindedir. Bu nedenle sözleşmeden dönme KAG sözleşmesinde karşılaşılabilecek bir sona erme sebebi değildir. Sözleşmeden dönme kural olarak alacaklıya ait bir haktır. Fakat BK. m.94 ve 95'te borçlu tarafa da bu hak tanınmıştır⁵⁴⁴. KAG sözleşmesinde de garanti veren sözleşmeden dönemez. Bu hak garanti alan tarafa tanınmıştır. KAG sözleşmesinde garanti veren tarafın borcu riskin gerçekleşmesine bağlı olarak kontrgaranti metninde belirlenen azami meblağa kadar olan para borcunu ödemektir. Garanti verenin borcu para borcu olduğu için, garanti alan açısından sözleşmeden dönmeyi –borcu sona erdiren bir hal olarak kabul mümkün değildir.

KAG sözleşmesinde garanti veren, garanti alanın zararını parasal olarak karşılama borcunu üstlenmektedir⁵⁴⁵. KAG sözleşmesinde riskin gerçekleşmesiyle beraber para borcunu ödeme borcu altına girecek olan garanti veren açısından borcunun ifasından önce de sözleşmenin sona ermesi mümkündür. Bu da riskin gerçekleşmemesi durumudur. Zira KAG sözleşmesinde risk garanti edilmektedir. Taraf iradeleri risk üzerinde uyushmaktadır. Ve riskin gerçekleşmemesi de doğal olarak sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olacaktır⁵⁴⁶. Kontrgaran, kontrgaranti metnini imzalayarak bankanın teminat mektubu ilişkisinden kaynaklanan riskini garanti edeceğini taahhüt etmektedir. Garanti veren tarafın asli borcu riskin gerçekleşmesine

⁵⁴³ Sözleşmeden dönme borcu sona erdiren bir hal olarak BK.'da düzenlenmemiştir. Sözleşmeden dönme yenilik doğruna tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi halidir. BK. muz genel hükümlerinde sözleşmeden dönme hakkı, borcun ifa edilmemesi bakımından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifanın borçlunun aczi sebebiyle tehlikeye düşmesi durumunda BK. m.82, borçlu temerrüdü halinde BK. m.106-108'de alacaklı tarafa tanınmış; alacaklı temerrüdü halinde BK. m.94'de, borcun ifasına engel bazı sebeplerle BK. m.95'te borçlu tarafa tanınmıştır. Bunlar dışında Borçlar Kanununun özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümleri arasında (satım sözleşmesine ilişkin BK. m. 193 vd., Trampaya ilişkin BK. m.233) da çeşitli dönme haklarına yer verilmiştir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.381 vd.; Sözleşmeden dönme, iradi ve kanuni dönme diye ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeden dönme ile ilgili olarak iki görüş vardır. Bu görüşlerden ilki olan klasik görüşe göre dönme kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Ancak, kısmen ifa edilen sürekli bir borç ilişkisinde dönme, sözleşme ilişkisinin niteliği icabı geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Örneğin, bir yıl süreli kira sözleşmesinde, iki ay ifadan sonra sözleşmeden dönülmesi halinde kiralayan ifa etmiş olduğu iki aylık edimlerin iadesi mümkün olmaz. Klasik görüşün dışında, giderek ağırlık kazanan yeni dönme görüşüne göre ise, sözleşmeden dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz. Dönme henüz ifa edilmemiş olan edimleri sona erdirir. Buradaki sona erme geçmişe değil, geleceğe etkilidir. Dönme beyanı ile sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin içeriği değişir. Dönmenin doğurduğu birinci sonuca, hak sahibinin borçtan kurtarma etkisi, ikinci sonuca ise teslim alınan edim konusu şeyi geri verme etkisi denir. Böylece, geri verme borcu, sözleşmenin tarafları arasında bir "tasfiye ilişkisi" kurar, taraflar daha önce aldıkları şeyi birbirine iade borcu altına girerler. Dolayısıyla dönme, sözleşmeye dayalı ilişkiyi ve borcu sonlandırmaz, sadece içeriğini değiştirir. EREN, s.1212-1214.

⁵⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.381.

⁵⁴⁵ Kontrgaran, kontrgaranti metnindeki azami meblağ ile sorumludur. Bu meblağ kontrgaranın yükümlülüğünün sınırıdır. Banka bu meblağın üzerinde teminat mektubu verse bile, kontrgarana (lehtar veya diğer gerçek veya tüzel kişi) kontrgaranti meblağı ile sınırlı olarak başvurabilir. Bunun aksi ancak açıkça taraflar arasında hükme bağlanırsa banka, meblağ ile sınırlı olmaksızın kontrgarana tarafa başvurabilir. Bkz. REİSOĞLU, Kontrgarantiler, s.400-401.

⁵⁴⁶ KAHYAOĞLU, s.107.

bağlı olarak oluşacak para borcudur. Garanti veren açısından para borcunun ifasından önce riskin gerçekleşmeyeceğinin açıkça belli olduğu bir durumda, garanti veren açısından sözleşme sona erer.

Garanti sözleşmesi dolayısıyla KAG sözleşmesi süreli yapılmış olabilir. Süreli yapılmış olan garanti sözleşmesinde öngörülen sürenin risk gerçekleşmeden dolması veya risk gerçekleşmiş olsa bile süresi içinde garanti alanın paraya çevirme talebinde bulunmaması halinde, sözleşme sona erer⁵⁴⁷. Bu sona erme hali 08.07.1981 tarihinde BK. m.110/II' ye eklenen bir fıkra ile hukukumuzda girmiştir⁵⁴⁸. Daha önce zamanaşımı başlığı altında da izah ettiğimiz gibi, süreli garantilerde ikili bir ayırım yaparak sona erme hallerini incelemek gerekmektedir. İlk süreli garantilerde BK. m.110/II' de düzenlenen hükme paralel bir hükmün sözleşmede kararlaştırıldığı durumlarda, kararlaştırılan süre içerisinde risk gerçekleşip muhabata başvurulmadığı takdirde garanti sözleşmesi sona erer. Bu şekilde garanti sözleşmesine hüküm konulması yasa hükmü açıkça belli olduğundan geçerlidir⁵⁴⁹. İkinci hal ise, süreli garanti sözleşmesinde BK. m.110/II' ye eklenen hükme paralel bir düzenlemenin olmadığı bir durumda, taraflarca kararlaştırılan süre içinde riskin gerçekleşmemesi durumunda sözleşme sona erer. Bu veya buna benzer bir hükme sözleşmede yer verilmediği durumda, süreli garanti sözleşmesinde muhatap (garanti alan), on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde garanti verene başvurabilecektir⁵⁵⁰. Bu hususu teyit eden Yargıtay 11.HD. 1982 yılında verdiği bir kararda,⁵⁵¹ “...10.07.1981 tarihinde yürürlüğü giren 2486 sayılı kanunla Borçlar Yasasının 110.maddesine eklenen fıkra hükmü gereğince taraflar arasında, teminat mektubu süresi içinde başvurulması gerektiği hususunda bir anlaşmanın mevcut olmamasına, zararın teminat mektubu süresi içinde doğmuş olması kaydıyla 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman talepte bulunulabileceğine göre davalı banka vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...”demektedir. Yargıtay verdiği kararda süreli banka

⁵⁴⁷ KAHYAOĞLU, s.107.; FRANKO, s.593 vd.

⁵⁴⁸ BK m.110'un ikin fıkrasına 08.07.1981 tarihli ve 2486 sayılı kanunla eklenen hüküm şöyledir.: “Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.” Bkz. YAVUZ, Tasarı, s. 107.

⁵⁴⁹ BK. m.110/II' ye eklenen fıkra hükmünün gerekçesi tamamen banka teminat mektuplarına özgülenmiş ve 11.06.1969 tarihli Yargıtay İBK ile garanti sözleşmesi niteliğinde sayılan banka teminat mektuplarında, vadeli dahi olsalar temin edilen riskin vade içinde meydana gelmesi halinde, bankaların genel zamanaşımı süresi olan on yıl süre ile sorumlu olacağı yolundaki Yargıtay'ın görüşü sonucu ortaya çıkan sakıncalar özetlenip, Yargıtay Kanununun 20.maddesine göre Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Dairelerini ve tüm adalet Mahkemelerini bağlaması, İçtihadı Birleştirme çabalarının sonuçsuz kalması nedeniyle de sorunun yasal düzenleme ile çözümlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.889.

⁵⁵⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.890.; Ayrıca bkz. daha önce zamanaşımı başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁵⁵¹ Yargıtay 11.HD. 06.05.1982, E.1583/K.2139 Yayınlanmamış (naklen) TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.890-891.

teminat mektuplarında, kararlaştırılan süre içerisinde başvurulması gerektiği hükmünü içeren teminat mektuplarında, süre içerisinde riskin gerçekleşmesi ve yazılı olarak başvurulması gerekir. Aksi takdirde sözleşme sona erer. Bu şekilde hüküm içermeyen süreli teminat mektuplarında kararlaştırılan süre içerisinde riskin gerçekleşmesi kaydıyla on yıllık zamanaşımı süresi içinde garanti veren tarafa başvurulabilir. Tüm bu açıklanan hususlar KAG sözleşmesi açısından da geçerlidir.

Sonuç olarak KAG sözleşmesi bakımından garantinin süreli olup olmamasına göre sözleşmenin sona ermesi de değişik olacaktır. Sözleşme süreli ise süre içerisinde riskin gerçekleşmiş olması gereklidir. Eğer kararlaştırılan süre içerisinde risk gerçekleşmemiş ise garanti veren sorumlu olmaktan kurtulacaktır. Fakat risk süre içerisinde gerçekleşirse bu durumda on yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde garanti veren tarafa başvurulması durumunda garanti veren tarafa başvurulduğunda, garanti veren taraf zamanaşımı savunmasına dayanarak ödeme talebini reddedebilecektir. Taraflar süreli sözleşmelerinde eğer süre içerisinde riskin gerçekleşmesine bağlı olarak yazılı olarak başvurulmadığı takdirde garanti veren tarafın sorumlu olmaktan kurtulacağını hükme bağlamışlarsa BK. m. 110/II hükmü gereği böyle bir anlaşma mümkündür. Bu durumda belirlenen süre içerisinde riskin gerçekleşmesine bağlı olarak garanti verene süre içerisinde garanti verene başvurulmadığı takdirde garanti veren sorumlu olmaktan kurtulacaktır. Bu şekilde yapılan sözleşmelerde geçerlidir.

SONUÇ

Banka teminat mektupları hukuki nitelik olarak Yargıtay'ın 1967 ve 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararından ve daha sonra verdiği kararlardan sonra garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bugün için doktrinde de banka teminat mektuplarının hukuki niteliği yasal düzenlemesi olmayan garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

Günümüzde bankacılık uygulamasında teminat mektupları yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bir kamu kurumu veya bir üçüncü kişi ile borç ilişkisi girişen lehtar, alacaklının talebi üzerine çoğu zaman müşterisi olduğu bankadan teminat mektubu almaktadır. Kendisine teminat mektubu hazırlanması talebinde bulunulan banka teminat mektubunu hemen her zaman kontrgaranti taahhüdüne dayalı olarak hazırlar. Banka teminat mektubu düzenleyerek ağır ve istisnai bir sorumluluk altına girmektedir. Banka garanti ettiği risk için lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden bağımsız olarak yükümlülük altına girer. Ve risk gerçekleştiğinde muhatapın yazılı olarak bankaya başvurusu üzerine banka, ihtar çekilmesine, mahkemeden hüküm alınmasına ve borçlunun rızasını almaya gerek kalmaksızın kendisine yapılan ilk yazılı başvuruda hemen ödeme yapar. Bu şekilde bağımsız bir yükümlülük altına giren banka, kefalet sözleşmesinde kefilin yasa gereği sahip olduğu rücu (halefiyet) mekanizmasına sahip olmadığı için, kendini garanti altına almak için kontrgaranti almaktadır. Teminat mektubu düzenleyerek ağır bir sorumluluk altına giren banka açısından kontrgaranti almanın bir zorunluluk olduğu tez'de anlatılmaya çalışıldı.

Banka kendisinden muhataba hitaben mektup düzenlenmesini istediği lehtardan kontrgaranti adı altında çeşitli teminatlar almaktadır. Bu teminatlar bankanın müşterisi konumunda bulunan ve kendisine hitaben mektup düzenlenen muhatap ile borç ilişkisi içerisinde bulunan lehtar tarafından verilebileceği gibi, lehtar dışındaki bir üçüncü kişi, hatta uluslar arası ticarete sıklıkla karşılaşılan bir başka banka tarafından da verilebilir. Bu şekilde banka tarafından verilen teminat mektubunun teminatını teşkil eden kontrgaranti homojen bir kurum olmayıp, başta banka lehine menkul veya gayrimenkul rehni tesisi olabileceği gibi, lehtar veya bir üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişinin kefil olması veya garanti veren sıfatıyla kontrgaranti metnine imza atması şeklinde de olabilir. Böylece kontrgarantinin çeşitli görünüm şekillerinin olduğu ve bu çeşitlerden KAG sözleşmesi anlatılmaya çalışıldı.

Garanti sözleşmesi bugün için mevzuatımızda başta Borçlar Kanunu olmak üzere, herhangi bir yasada düzenlenmiş değildir. Fakat yasal düzenlemesi olmayan garanti

sözleşmesi ile ilgili olarak doktrinde çeşitli eserler mevcuttur. Garanti sözleşmesi bugün için BK. m. 110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt müessesesi ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Fakat bu şekilde bir yaklaşım eksik olup, garanti sözleşmesinin de şahsi teminatların bir türü olan kefalet gibi açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Zira garanti sözleşmesi bugün için Banka teminat mektupları gibi geniş bir uygulamaya sahiptir. Garanti sözleşmesi, bankacılık uygulamasında sıkça karşılaşılan bir teminat türü olup, homojen bir sözleşme değildir. Garanti sözleşmesinin birden fazla türü olup, uygulamada saf garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı garanti sözleşmesi en çok yapılan ayrımlardır.

Tez'de banka tarafından verilen teminat mektubunun paraya çevrilmesi riski ile karşı karşıya kalan bankanın rücu problemi irdelenmeye çalışıldı. Elinde yasadan kaynaklı rücu hakkı olmayan bankanın başvurabileceği yegâne kurum kontrgaranti kurumudur. Tez'de bankanın başvuracağı kontrgarantilerin tamamı değil de, KAG sözleşmesi anlatıldı. KAG sözleşmesi bankanın lehtarın talebi üzerine muhataba hitaben düzenlediği teminat mektubunun paraya çevrilmesi durumunda kontrgaranti verene başvurur. KAG sözleşmesinin tarafların biri banka olup, banka garanti alandır. Sözleşmenin diğer tarafı garanti veren konumunda olan lehtar veya lehtar dışındaki üçüncü bir kişi olan gerçek veya tüzel kişidir.

KAG sözleşmesi ile garanti veren taraf garanti alan bankaya karşı teminat mektubu ilişkisinden bağımsız olarak riski üstlenme borcu altına girmektedir. Garanti veren tarafın borcu riski gerçekleşmesine bağlı olarak garanti alan tarafın uğrayacağı muhtemel zararın parasal karşılığıdır. Kanaatimizce garanti veren tarafın borcu bir miktar para borcudur. Yoksa garanti verenin borcu tazminat borcu değildir. Garanti veren tarafın bir miktar para ödeme borcunun kapsamına faiz ve bankanın komisyon alacağı da girer. Teminat mektubundaki “ilk yazılı talepte ödeme” taahhüdü kontrgaranti metnine de yazıldığı için riskin gerçekleşmesi üzerine bankanın ilk yazılı talebi üzerine garanti veren taraf ödeme yapacaktır. Bu durum kontrgarantinin hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin de bir sonucudur.

Garanti veren bağımsız bir yükümlülük altına girer. Onun borcu hem teminat mektubu ilişkisinden hem de bu ilişkinin garanti altına aldığı temel borç ilişkisindeki ilişkiden bağımsızdır. KAG sözleşmesinde riskin gerçekleşmesi ve bu riskin parasal karşılığının kontrgaranti veren tarafça ödenmesi veya riskin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ile birlikte garanti veren tarafın borcu sona erer. Daha doğru bir ifade ile KAG sözleşmesi sona erer.

Bankanın teminat mektubunun paraya çevrilmesi riskine karşı kendini güvence altına almak için kurulan KAG sözleşmesinin sona erme halleri Yargıtay 17.HD.’nin 27.12.1990 tarihli içtihadı ve Borçlar Kanununun 113 vd. maddelerinde düzenlenen borcu sona erdiren haller niteliğine uygun düştüğü ölçüde KAG sözleşmesine de uygulanacağı anlatıldı.

KAG sözleşmesinde garanti veren tarafın borcunun para borcu olduğu kabul edildiği için BK. m.117’ de düzenlenen “kusursuz imkânsızlık” halinde kontrgaranti veren tarafın borcu sona ermeyeceği kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.

AKMAN, Sermet, “ ‘Garantör’ Sıfatıyla Girişilen Tahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler”, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGİN’ e armağan, İkinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.1669-1677.

AKYAZAN, Sıtkı, “ Banka Teminat Mektupları”, BATİDER, C.V, S.1-4, 1969-1970, s.1-33. (Banka Teminat Mektupları)

AKYAZAN, Sıtkı, “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, BATİDER, Haziran 1975, C. VIII, S. 1, s. 1-13.(Zamanaşımı).

AKYOL, Şener, Banka Sözleşmeleri (Birsen Armağanı), İstanbul 2001.

ALANGOYA, H.Yavuz/ M. Kâmil YILDIRIM / Nevhis DEREN YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, Alkım Yayınları, İstanbul 2004.

ALTAY, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006. (Özel Borç İlişkileri).

ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994.(Takas)

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Gözden geçirilmiş 7. Baskı, BATİDER 50.yıl(1954-2004), Türkiye İş Bankası Vakfı-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2004. (Ticari İşletme Hukuku).

ARKAN, Sabih, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, BATİDER, C XVI, S4, Aralık 1992, s.59-84.(Bankanın Hukuki Durumu).

ATALAY, Oğuz, “İflasın Ertelenmesi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Dersler Soru Örnekleri, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul Eylül 2006.

BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul:1986 (Banka Teminat Mektubu).

BARLAS, Nami, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Makalelerim, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 141-186, (Kişisel Teminat).

BARLAS, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992. (Para Borçlarının İfası).

BİRSEN, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri-Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967.

CANBOLAT, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkânları Ve İhtiyati Tedbirler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

DOHM, Bankgarantien Im Internationalen Handel, Bern 1985. N.70.

DOĞAN, Vahit, Banka Teminat Mektupları, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2002.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 1179, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku, C.II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

EREM, Faruk / ALTIOK, Akın, “Kontrgarantiye Müstenit Teminat Mektubu Muamelelerinin Bankalar Kanunu Muvacehesindeki Durumu”, BATİDER, C.IV., S.1-4. 1967-1968., s.105-108.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta, Ekim 2003 İstanbul, s.192.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, C.II, İstanbul 1969.

Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası C.I, İstanbul 1976.

FRANKO, Nisim, “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e armağan, C. I, Beta, İstanbul 2001., s. 567-597.

GRASSİNGER, Gülçin Elçin, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, Alfa Basım Yayım, 1996 (Kefilin Savunma İmkânları).

GRASSİNGER, Gülçin Elçin, Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara 2003 (Sponsorluk Sözleşmesi).

GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 1995.

HATEMİ, Hüseyin /Rona SEROZAN /Abdulkadir ARPACI, Borçlar Hukuku-Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

KALKAN, Burcu, Türk Hukukunda GABİN, Vedat Kitapçılık, İstanbul Ocak 2004.

KAPLAN, İbrahim, “Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), C. XIV, S.2, Ankara 1987.

KAYA, Arslan, “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995.(Hakkın Kötüye Kullanılması)., s.211-241.

KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, Beta, İstanbul 1996.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10.Bası, Ankara 2008.

KLEİNER, B., Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990

KOCAMAN, Arif B., “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine” BATİDER, C.XV, S.3, Haziran 1990. (Banka Teminat Mektupları)., s. 49-66.

KOCAMAN, Arif B., “ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.07.2001 Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel(Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?”, Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BATİDER, XIX 10 Mayıs 2003, s.71(Kişisel Teminat)., s. 65-85.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008 (Borçlar Hukukuna Giriş).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borç Sözleşmelerinde Hata Durumu, 1968 (Hata).

KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

KUNTALP, Erden, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha POROY’ a armağan., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 1995, s. 263-299.

KURU, Baki/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4949, 5092, 5311 ve 5358 sayılı Kanunlara Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

KÜRŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Hukuk Yayınları No:168, İstanbul 2003.

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 2.Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Ağustos 2005.

NOMER, Haluk. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, Beta Yayınları, İstanbul Nisan 2008.

OĞUZMAN, M. Kemal /Özer SEÇİLİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku(Zilyedlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar), 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

ÖĞÜZ, Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001.

ÖZ, M. Turgut, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1977.

ÖZEN, Burak, KEFALET SÖZLEŞMESİ, Özellikleri-Kuruluşu-Türleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ÖZTEK, Selçuk, İflasın Ertelenmesi, Arıkan Yayınları, İstanbul Ocak 2007.

PEKCANITEZ, Hakan /Oğuz ATALAY /Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN / Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

REİNİCKE, Dietrich / TİEDTKE, Klaus, Bürgschaftsrecht, Neuwied-Kriftel-Berlin 1995.

REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963 (Garanti Mukavelesi).

REİSOĞLU, Seza, “Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar” Türkiye Barolar Birliği 22 Ekim 2002 tarihli Konferans Metni (Teminat Mektubu Uygulaması).

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara 2003 (Kontrgarantiler).

REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında KEFALET, Ankara, 1992 (KEFALET).

SAYMEN, Ferit H. /Halid K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1958.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.

SEROZAN, Prof. Dr. Rona, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa- İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, Gözden geçirilip genişletilmiş 4 üncü bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

STAMMLER, Rudolf, Der Garantievertrag, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 69(1866).

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 4. Tıpkıbasım, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul Ekim 1989 (Özel Borç İlişkileri).

TANDOĞAN, Haluk, “Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehtara

Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında”, BATİDER, 1970, C.V. S.4, (Lehtara Rücu Meselesi).

TANDOĞAN, Haluk, GARANTİ MUKAVELESİ (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1959 (Garanti Mukavelesi).

TEKİNALP, Ünal, Ünal Tekinalp’ in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

TEOMAN, Ömer, “Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.II, İstanbul 2001.

TEKİNAY, S. Sulhi/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, TEKİNAY BORÇLAR HUKUKU Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 1994.

TUĞSAVUL, Melis T., “Banka Teminat Mektupları”, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S. 2009/1, Ocak/Şubat., s. 301-335.

TUTUMLU, Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Kazancı Kitap Yayınları, İstanbul 1991.

ULUSAN, İlhan, “Culpa in Contrahendo Üstüne” Prof. Dr. Ümit DOĞANAY’ ın Anısına Armağan, İÜSBF Yayın No:1, İstanbul Üniversite Yayın No: 2848, İstanbul 1982.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Kanunu (BK.)- Türk Borçlar Kanunu Tasarısı(BKT.) Ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte- Beta, İstanbul 2007., (Tasarı).

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı’yı Hazırlayanlar: Cevdet YAVUZ/ Burak ÖZEN/ Faruk ACAR, Yenilenmiş 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Haziran 2007.,(Özel Hükümler).

YAVUZ, Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora Tezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, (Dolaylı Temsil).

YENER, Mehmet Deniz, Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008.

YENİCE, A.Özge, “Kontrgaranti”, Adana Barosu Dergisi, Y.1,S.1, Ocak-Şubat-Mart 2007. (Kontrgaranti), s.171-202.

YENİCE, A.Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu ilişkileri(Kefalet Sözleşmesinde Rücu, Garanti Sözleşmesinde Rücu, İpotekte Rücu), On iki Levha Yayınları, İstanbul Nisan 2009(Rücu İlişkileri).

YÜCE, Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

ZEVLİLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008.